Puchta's Vorlesungen

über

das heutige römische Recht.

Dritte Auflage.

Erster Band.

Vorlesungen

über

das heutige römische Recht

von

Georg Friedrich Puchta.

Aus dessen Nachlaß herausgegeben

von

Dr. Adolf August Friedrich Rudorff,
ord. Professor der Rechte zu Berlin.

Dritte Auflage.

Erster Band.

Leipzig,
Verlag von Bernh. Tauchnitz jun.
1852.

Puchta's Vorlesungen

über

das heutige römische Recht.

Dritte Auflage.

Erster Band.

Herzen, es ist die ewig schöne Form, es ist der Gedanke des Künstlers und Dichters, der zu unserm Geiste spricht. Ebenso in der Wissenschaft; was das Alterthum an wahrer Wissenschaft hervorgebracht hat, ist nicht mit den Völkern vorübergegangen, es ist etwas unvergängliches, das auf Unsterblichkeit Anspruch hat, dem sich überall, wo der Geist regiert, eine neue Heimath öffnet.

Durch das eminente Talent, mit dem jene römischen Juristen ihr hergebrachtes Recht vergeistigten, haben sie ihm dieselbe Unsterblichkeit verliehen, die wir den Gebilden der Kunst zuerkennen, sie haben ihm die Kraft und den Beruf gegeben, auf andere Zeiten und Völker überzugehen.

Als ein solcher Uebergang auf andere Zeiten muß schon der Eintritt des römischen Rechts in den neuen Staat angesehen werden, der mit Diocletian und noch entschiedener mit Constantin beginnt. Dieser Staat heißt noch der römische, aber dies ist nur ein Name, das römische Volk war in Wahrheit damals schon untergegangen, an seine Stelle traten die verschiedenen Völkerschaften aller Welttheile, die unter die Herrschaft der Kaiser zu einem bunten Staat zusammengeworfen waren. Diese Kaiser hatten nicht mehr Recht, ihren Staat an den alten römischen anzuknüpfen, als Karl der Große und seine Nachfolger deutscher Nation, ihr Reich unter dem Namen des heiligen römischen Reichs als Fortsetzung jenes Staates zu betrachten.

Jene Kaiser von Constantin an hatten eine doppelte Aufgabe, einmal manches Einzelne des überlieferten Rechts zu modificiren und den neueren Zuständen anzupassen, sodann aber Anstalten zu treffen, das Ganze zu bewahren, es durch eine entsprechende Form zugänglicher zu machen und gegen die Ungunst der Zeit in Schutz zu nehmen.

Das Letzte vor allem ist nach manchen verunglückten Versuchen seiner Vorgänger Justinian gelungen. Dieser hat in seinen Sammlungen, die wir unter dem Namen des Corpus iuris civilis zusammenfassen, dem römischen Recht die Gestalt gegeben, in der es seit dieser Zeit hauptsächlich gewirkt hat. Von den vier Stücken desselben ist das vornehmste, der geistige Mittelpunkt des Ganzen, das Werk der Pandekten, aus den classischen Schriften der alten Juristen zusammengesetzt, die hauptsächlichste Quelle für das Studium des römischen Rechts, wovon daher auch diese Vorträge ihren Namen tragen. Ein Anhang oder eine Einleitung

dazu sind die Institutionen, vorbereitend für das Studium der Pandekten. Den letztern gegenüber steht der Codex, eine Sammlung von Constitutionen der früheren und späteren Imperatoren. Die der früheren aus der classischen Zeit der Jurisprudenz, unter deren Einfluß sie entstanden sind, besitzen selbst einen wissenschaftlichen Werth; die der spätern enthalten jene Modificationen und Fortbildungen des ältern Rechts, welche für seine Verpflanzung auf andere Zeiten und Völker nothwendig schienen und großentheils auch waren.

An den Codex schließen sich als späterer Anhang die Novellen, einzelne Gesetze Justinians, in denen jene Modificationen fortgesetzt, und zum Theil für manche Rechtsinstitute (hauptsächlich für das Erbrecht) in viel größerm Styl als vorher ausgeführt sind.

Die constantinische Zeit ist als erste Epoche des zweiten Lebens des römischen Rechts bezeichnet worden. Eine zweite Epoche fällt 800 Jahre später, sechsthalbhundert Jahre nach Justinian, in den Anfang des zwölften Jahrhunderts. Um diese Zeit trat ein Mann, von allgemeiner wissenschaftlicher Bildung, Irnerius, in Bologna auf, der den justinianischen Sammlungen eine wissenschaftliche Forschung und Behandlung zuwendete. Er schrieb dazu kurze Noten, Glossen, und öffnete zugleich eine Schule des römischen Rechts, aus welcher die Universität Bologna, und später andere in jenen Gegenden hervorgingen. Man nennt Irnerius und seine Nachfolger bis in die Mitte des dreizehnten Jahrhunderts Glossatoren. Diese Glossatoren fanden das römisch-justinianische Recht vor als in Italien und einigen angränzenden Ländern geltendes Recht. Es war dahin theils noch unter Justinian, theils später verpflanzt worden und an die Stelle anderer unvollkommenerer Rechtsbücher getreten. Das römische Recht hatte in Italien, Frankreich, Spanien nie aufgehört als Landesrecht zu gelten, aber in den Jahrhunderten vor den Glossatoren war sein Dasein ein sehr kümmerliches, unvollkommenes, seine Kenntniß in jenen Zeiten tiefer Unwissenheit eine durchaus mangelhafte. Dies war so sehr der Fall, daß später die Meinung entstehen konnte, es sei mehrere Jahrhunderte gänzlich außer Gebrauch gewesen, und erst durch die Glossatoren wieder entdeckt worden.

Dies ist ein entschiedener und jetzt vollkommen beseitigter Irrthum. Aber wenn die Glossatoren auch nur ein Recht be-

arbeiteten, das sie als geltend vorfanden, so gaben sie doch diesem Recht ein so ganz neues Dasein, daß der Unterschied ihrer Epoche und ihrer Vergangenheit nicht größer sein konnte, wenn sie es erst hätten entdecken und neu einführen müssen. Dies zeigt sich besonders in zwei Punkten.

Die Kenntniß des römischen Rechts und daher auch seine Anwendung in den Ländern, wo es hergebracht war, war unendlich mangelhaft, manche Theile wurden fast gar nicht gebraucht, denn man besaß sie großentheils nur sehr unvollständig, und die man besaß, verstand man sehr schlecht zu benutzen. Irnerius und seine Nachfolger brachten nicht bloß die justinianischen Gesetzbücher vollständig zusammen, sondern sie setzten sich auch in so kurzer Zeit, daß es wie ein Wunder erscheint und Staunen vor der geistigen Kraft der Männer einflößen muß, in den vollständigsten Besitz des durch diese Bücher hindurch zerstreuten Stoffs. Sie machten sich so heimisch in dem ganzen ausgedehnten Corpus Juris, daß ihnen keine Stelle entging, daß ihnen jede, die eine gewisse Materie betraf, wo sie auch, oft wie in einem Winkel verborgen, stehen mochte, allezeit gegenwärtig war, daß sie so im Stande waren, jeden Rechtssatz durch das Zusammennehmen aller Entscheidungen zu bestimmen, zu erläutern, zu rectificiren. Diese Beherrschung des im Corpus Juris zerstreuten Materials, und die Erläuterung seines Inhalts aus ihm selbst heraus, ist die vornehmste theoretische Leistung jener Glossatorenschule, jener Väter der neuen Jurisprudenz, das Verdienst, das sie sich um die Folgezeit erworben, und wodurch sie dieser vorgearbeitet, und sie in Stand gesetzt haben, auf der gewonnenen Grundlage weiter fort zu bauen.

Schon in diesen theoretischen Leistungen stehen die Glossatoren unvergleichbar hoch über der vorangegangenen, unwissenschaftlichen Zeit, ja sogar über dem Zeitalter Justinians selbst. Aber einen nicht weniger großen Umschwung in der neuen Geschichte des römischen Rechts bewirkten sie durch die praktischen Resultate, die sie erreichten, durch die ungeheure Ausdehnung, die sie der Anwendung des römischen Rechts gaben.

Dieses galt bis dahin als Landesrecht, wo es hergebracht, in alter Zeit durch die Regenten eingeführt worden war. Außerdem galt es noch als angestammtes Recht der Geistlichkeit. Ganz anders faßten die Glossatoren dieses Recht auf. Sie betrachteten

es wie andere Ueberlieferungen des Alterthums als ein Gemeingut der civilisirten Menschheit, als den verkörperten juristischen Verstand, dem sich niemand entziehen könne; als ein von den Schranken der Nationalität befreites Recht. So trugen sie es ihren Zuhörern vor, so nahmen diese es auf; bloß diese Behandlung war es, die Bologna damals zu einer Weltuniversität machte, zu welcher Männer von den entferntesten Enden des christlichen Europa herankamen.

Eine Unterstützung fand diese Auffassung in den damaligen politischen Zuständen. Das damalige heilige Römische Reich, welches sich der Theorie nach über die ganze Christenheit erstrecken sollte, wurde als Fortsetzung des alten römischen betrachtet, die römischen Kaiser als Vorfahren der deutschen. So konnte also den justinianischen Gesetzen eine unmittelbare Gültigkeit vindicirt werden. Sie erschienen nicht mehr als fremde, sondern als Gesetze desselben Staates, in dem man gegenwärtig noch lebte.

Aber man darf auf diese äußerlichen, materielleren Gründe kein zu großes Gewicht legen. Dies würde für sich nicht im Stande gewesen sein, die Wirkung hervorzubringen, daß das römische Recht in alle Länder Eingang fand. Für Manche wäre es eher ein Grund der Opposition gewesen, wie denn später auch in Deutschland die Politiker zu finden meinten, die kaiserliche Macht werde durch das römische Recht übermäßig begünstigt, ein Vorwurf, den wie so manche ähnliche die Geschichte freilich auf das eclatanteste widerlegt hat; das römische Recht hat immer zu-, die kaiserliche Macht immer abgenommen. Der wahre Grund des Eingangs des römischen Rechts in solche Länder, wo es bisher nicht gegolten hatte, war vielmehr sein wissenschaftlicher Werth, der dem geistigen Aufschwung jener Zeiten entgegenkam, und jene wissenschaftliche Ueberzeugung von seinem allgemein europäischen Charakter, in welcher die Glossatoren nur die Organe einer allgemeinen Ansicht aller Gebildeten der damaligen Zeit waren, und die daher, einmal ausgesprochen, wie ein Blitz aller Orten zündete.

Die Aufnahme der neuen römischen Jurisprudenz fand in Spanien kein Hinderniß, denn dort war das römische Recht von jeher Landesrecht, wenn auch zum Theil in anderer unvollkommenerer Gestalt, ebenso im südlichen Frankreich, während in den nördlichen Theilen dieses Landes sich später ein Conflict mit den

dortigen germanischen Gewohnheitsrechten ergab. Aber auch dort machte es sich geltend, und die es am meisten beschränken wollten erkannten ihm doch die höchste wissenschaftliche Autorität zu. Es ging über den Canal nach England und Schottland, in welchem letztern Lande es noch jetzt bedeutendes Ansehen und Gültigkeit genießt, und dadurch der schottischen Jurisprudenz einen entschiedenen Vorzug vor der englischen giebt, welche kaum einen wissenschaftlichen Charakter hat. Endlich kam es, auch nach Scandinavien, denn auch aus diesem entfernten Norden fanden sich begabte Männer durch Bologna angezogen.

Unser Vaterland blieb hinter den übrigen Ländern nicht zurück; die Deutschen bildeten in Bologna eine sehr bedeutende Landsmannschaft mit wichtigen Privilegien. Schon im zwölften Jahrhundert stellte es sich unter allen, die der Sache wissend waren, fest, daß vor Allem in Deutschland, dem Mittelpunkt des neuen römischen Reichs, das römische Recht ein geltendes sein müsse, daß es ein Eigenthum Deutschlands sei und daß die Deutschen nicht weniger als andere Völker berufen seien, an der Spitze dieser geistigen Bewegung zu stehen. Diese Ansicht findet sich im zwölften und dreizehnten Jahrhundert mannigfach ausgesprochen, bald nachher auch in den Reichsgesetzen, nicht als eine erst zu legalisirende, sondern als eine vollendete Thatsache. So in einem Reichsabschied unter Kaiser Ludwig IV. 1342. Bei der Einrichtung des Reichskammergerichts wurden die Richter und Beisitzer angewiesen, das römische Recht als eine der vornehmsten Quellen ihrer Entscheidungen zu betrachten, 1495.

Die wirkliche Anwendung in den Gerichten war im zwölften bis vierzehnten Jahrhundert noch aufgehalten durch die Besetzung der Gerichte mit ungelehrten Schöffen. Als jedoch die Studirten allmälig in die Gerichte eindrangen, wurde sie allgemein, und auch für die unstudirten Geschäftsmänner wurde durch populären Unterricht gesorgt. Hierher gehören Ulrich Tenglers Layenspiegel (deutsches und römisches Recht), Sebastian Brant's Klagspiegel (fast ausschließlich römisches Recht), beide aus dem sechszehnten Jahrhundert.

Noch im funfzehnten Jahrhundert kam die wirkliche Anwendung in ganz Deutschland zum Vollzug.

Von dieser Zeit an beginnt eine sehr reichhaltige Literatur des römischen Rechts in Deutschland. Durch das römische Recht

geschah es, daß Deutschland an die Spitze der modernen Rechtsgelehrsamkeit trat. Unsere südlichen Nachbarn waren im Mittelalter, unsere westlichen im sechszehnten Jahrhundert unsere Lehrer im römischen Recht. Jetzt sind wir im Stande, ihnen das Empfangene zurückzuerstatten. Das römische Recht ist ferner nicht etwa auf die Schule und die Werkstätten der Wissenschaft beschränkt geblieben, es ist in das Leben, in Fleisch und Blut des Volks übergegangen, und keinen geringen Antheil an dieser Thatsache haben die Gesetzgebungen des Reichs und der einzelnen Länder, in denen der Einfluß der römischen Jurisprudenz durchaus der vorwiegende ist.

Die Resultate des Bisherigen sind in folgenden Sätzen enthalten:

1) das römische Recht ist für uns keine Vergangenheit, sondern eine Gegenwart.

2) Es ist heutiges Recht durch die Gesetzeskraft, die es in Deutschland erhalten hat, und in den meisten Ländern noch besitzt (s. unten).

3) Es ist heutiges Recht durch seinen Einfluß auf die neuen Gesetzgebungen, deren vornehmste Wurzel es ist.

4) Es ist heutiges Recht durch seine Bedeutung für unsere Rechtswissenschaft, denn unser ganzes Rechtssystem beruht auf römischen Rechtsgedanken. Dies ist insofern die wichtigste Seite des Verhältnisses, als diese Thatsache eine schlechterdings nicht aufzuhebende ist.

5) Seine Eigenschaft als heutiges Recht hat es nicht durch die Autorität eines Gesetzgebers (ein früherer Irrthum, der längst beseitigt ist), sondern durch die Kraft der wissenschaftlichen Ueberzeugung. Die Reception des römischen Rechts ist kein momentaner Act, sondern ein allmäliger Eingang in die rechtliche Ueberzeugung, und in die Praxis der Gerichte. Es ist nicht ein übergeworfenes Gewand, sondern ein in unsern Organismus übergegangenes und mit unsern Zuständen assimilirtes Lebenselement.

Zuletzt ist noch zu bestimmen, was von dem römischen Recht als heutiges zu betrachten ist. Im Einzelnen wird sich dies aus dem ganzen Verlauf dieser Vorträge ergeben, die eben das römische Recht der Gegenwart, und nur dieses, nicht das vergangene, darstellen sollen. Aber es giebt darüber gewisse allgemeinere Regeln, die hier ihren Platz finden.

1) Nur das römische Recht in der Gestalt, die Justinian ihm gegeben hat, ist recipirt; nicht das s. g. ius anteiustinianeum d. h. die Ueberlieferungen von Rechtsquellen und Schriften aus der frühern Zeit, die nicht Theile des Corpus iuris civilis sind. Diese Ueberlieferungen haben auf uns nur eine mittelbare juristische Beziehung, als die vornehmsten Hülfsmittel zur richtigen Erkenntniß des justinianischen Rechts. Nicht ferner das s. g. ius postiustinianeum d. h. die Gesetzgebungen der spätern byzantinischen Kaiser. Dies sind zum Theil einzelne Gesetze, z. B. 113 Novellen des Leo Philosophus aus dem 9. Jahrhundert, welche vielen Ausgaben des Corpus Juris angehängt sind. (In der Sammlung der justinianischen Novellen, die den jetzigen Ausgaben zu Grunde liegt, sind sieben nicht von Justinian, sondern von seinen unmittelbaren Nachfolgern Justin II. und Tiber II.; diese sind ohne juristische Bedeutung für uns.) Zum Theil sind sie Gesetzbücher, kürzere oder ausgedehntere Bearbeitungen der justinianischen Gesetzbücher, die ausführlichste die Basiliken (kaiserliche Rechte) aus dem neunten Jahrhundert. Auch von diesen kann Gebrauch gemacht werden zur Erläuterung des justinianischen Rechts. Es liegt aber in der Natur der Sache, daß sie in dieser Hinsicht von viel geringerer Wichtigkeit sind als die vorjustinianischen Ueberlieferungen.

2) Von dem justinianischen Rechte sind manche Theile durch die Glossatoren als unanwendbar ausgeschieden worden; diese sind deshalb auch nicht recipirt, weil man hierin der Autorität der Glossatoren folgte, welche ihnen ihre Eigenschaft als Vermittler der Reception gab. Dasselbe gilt aber auch von dem, was den Glossatoren nicht bekannt war, und erst später ergänzt worden ist, sei es aus vollständigeren Handschriften, oder aus andern Quellen (z. B. den Basiliken). Die Ausschließung bekräftigten die Glossatoren dadurch, daß sie solche Stellen in ihren Glossen übergingen. Daher die Regel: quidquid non agnoscit glossa nec agnoscit curia. Diese hat zunächst auf die Institutionen keine Anwendung. Auch die Pandekten hatten die Glossatoren fast vollständig bis auf einige Stellen[1]), die erst im sechszehnten Jahrhundert aus den Basiliken restituirt sind. Ab-

1) L. 7. §. 5. L. 8—11. de bon. damn. (48,20.), L. 10—19. de interd. et releg. (48,22.).

sichtlich haben die Glossatoren aus diesem Gesetzbuche nichts ausgeschlossen. In dem Codex werden von ihnen die vielen griechischen Constitutionen ignorirt, und die Ausgaben haben sie erst durch Restitution aus andern Quellen. So sind viele Stellen im Codex nicht glossirt, zum größten Theil weil sie in ihren Handschriften von Anfang fehlten, einige, die sie selbst der Sprache wegen noch fallen ließen, andere endlich um ihres Inhalts willen. — Auch von den Novellen haben sie viele als unanwendbar ausgeschlossen, es giebt nur 96 glossirte Novellen[2]. Hier war die Sprache kein Hinderniß, den es gab zwei lateinische Bearbeitungen: den Auszug des Julian und das Authenticum, eine vollständige Uebersetzung. Blos der letzteren legten die Glossatoren Gesetzeskraft bei (versio vulgata im Gegensatz zu neuen Uebersetzungen der Novellen und zu dem griechischen Text). Eine solche Uebersetzung recipirten sie auch von den wenigen griechischen Stellen in den Digesten.

Eine Streitfrage besteht über mögliche Conflicte zwischen dem seit dem sechszehnten Jahrhundert bekannten griechischen Text und der versio vulgata. Nach der einen Meinung soll der griechische Text den Vorzug haben, denn es seien die Novellen recipirt, nicht die Uebersetzung, so wenig als gewisse Lesarten. Dabei hat man den Fehler begangen, dem griechischen Text durchgängig die Ehre des Originals zu geben, was er nicht überall ist. Die andere Meinung behauptet: die versio vulgata sei der Text, in dem die Novellen recipirt worden, ihre Autorität folge aus der Regel quidquid agnoscit glossa u. s. w. Diese ist zuletzt vertheidigt von Osenbrüggen[3], viel gründlicher und lehrreicher, als es sonst zu geschehen pflegt.

Meiner Ansicht nach muß so unterschieden werden:

1) ist der Satz der versio vulgata wirklich Gewohnheitsrecht geworden, was sich nur im Einzelnen entscheiden läßt, so ist aus diesem Grund dabei stehen zu bleiben.

2) Läßt sich dies nicht nachweisen, so kann das Verhältniß beider das verschiedener Lesarten sein, namentlich, wo das griechische Original der Vulgata eine andere Lesart hatte, als der

2) Nov. 1—10. 12. 14—20. 22. 23. 33, 34. 38. 39. 44. 46—49. 51—58. 60. 61. 66. 67. 69—74. 76—86. 88—100. 105—109. 111—120. 123—125. 127. 128. 131. 132. 134. 142. 159.

3) Zeitschr. für Civilr. und Civilpr. XVII. 11.

jetzt bekannte griechische Text. Hier ist die Aufgabe, zu ermitteln, welches die richtige Lesart ist; einen absoluten Vorzug kann man der von der Vulgata befolgten so wenig zusprechen, als bei den übrigen Stücken des Corpus Juris der Lesart der Glossatorenhandschriften.

3) Ist es erweislich, daß die Abweichung der Vulgata nicht in einem eigenthümlichen griechischen Text, sondern in der Unwissenheit des Uebersetzers ihren Grund hat, so ist der richtige Sinn, der sich aus dem griechischen Text ergiebt, vorzuziehen.

4) Hat die Abweichung in der Emendation der Glossatoren ihren Grund, so hängt alles von ihrer Richtigkeit ab. Eine äußere Autorität steht dieser wissenschaftlichen Arbeit der Glossatoren so wenig zu, als ihren sonstigen Interpretationen der Stellen.

Die Glossatoren haben nicht blos ausgeschieden, sondern auch zugesetzt. So die libri feudorum, ferner die authenticae fridericianae, Gesetze von Friedrich I. und II., welche sie ganz oder im Auszug in den Codex setzten. Diese Stücke wurden ebenso als gültig behandelt, wie der ursprüngliche Inhalt des Corpus Juris.

Noch eine Classe von Zusätzen ist im Codex, die nur der Form nach dem römischen Recht fremd sind, Auszüge nämlich aus den Novellen, Authenticae schlechtweg. Diese bildeten ursprünglich einen Theil der Glosse. Nach und nach kamen sie in den Text, so daß sie jetzt in allen Ausgaben, auch den unglossirten stehen. Zuweilen ist der Auszug mangelhaft, und giebt den Sinn der Novelle nicht ganz richtig wieder[4]). Unzweifelhaft muß hier die Novelle vorgehen, der Auszug hat so wenig eine selbstständige Autorität, als der übrige Inhalt der Glosse, zu der diese Auszüge ursprünglich gehörten.

5) Manche Lehren und Institute des römischen Rechts sind für die Gegenwart zur Antiquität geworden, weil sie zu den heutigen Zuständen nicht passen. Zum Theil sind es solche, welche noch die Glossatoren als mehr oder weniger (direct oder indirect) anwendbar behandelten. Zwei Regeln sind hier zu geben:

a) Eine ganze Classe von Rechtssätzen ist für nicht recipirt zu achten: das ganze römische Staatsrecht. Dies schließt nicht

---

4) S. z. B. die Auth. Rogati C. de test. aus Nov. 90. c. 2.

aus, daß manche publicistische Sätze noch Anwendung gefunden haben, aber dies ist die Ausnahme, die besonders nachzuweisen ist. Wer sich hier auf römisches Recht beruft, hat die Vermuthung gegen sich.

b) Für das übrige Recht gilt die umgekehrte Regel: das römische Recht ist anwendbar, die Unanwendbarkeit ist die Ausnahme. Der sich darauf Berufende hat „fundatam intentionem". Es giebt eine nicht geringe Zahl solcher Ausnahmen, nur lassen sie sich nicht unter einen allgemeinen Begriff zusammenfassen. Es sind Fälle, wo das deutsche Gewohnheitsrecht den römischen Rechtssatz aufgehoben hat, wie z. B. den Rechtssatz, daß aus einem bloßen Pactum keine klagbare Obligatio entstehe, und damit zusammenhängend die Stipulation.

Verhältniß des römischen Rechts zu unserm übrigen Recht.

§. 5—8.

Es kommt hier in Betracht das canonische Recht und das einheimische Recht, theils das gemeine, theils das partikuläre.

1) Das canonische Recht ist neben dem römischen gemeines Recht in Deutschland geworden. Dies gilt aber nur von den vier Sammlungen, die das Corpus iuris canonici (clausum) ausmachen (s. §. 5). Dieses in der Kirche entstandene Recht bezieht sich zum größten Theil auf kirchliche Rechtsverhältnisse, insofern ist also hier nicht davon die Rede. Aber es hat diese Gränze überschritten und mancherlei Festsetzungen auch über bürgerliches Recht gegeben. Hier hat es das römische Recht zur Grundlage, setzt es voraus und modificirt es in einigen Puncten. Viele haben geglaubt, in solchen Fällen müsse das römische Recht, als das ältere Recht, dem canonischen, als dem jüngeren, immer nachstehen. Dies ist jedoch unrichtig, denn für Deutschland ist dieses nicht jünger als jenes. In manchen Punkten ist das canonische, in manchen das römische vorgezogen worden. Eine allgemeine Regel läßt sich darüber nicht geben. — Die Päpste waren übrigens die frühsten Gegner des römischen Rechts, sie begünstigten jene Sammlungen, um ein Gegengewicht gegen das eifrige Studium des römischen Rechts zu bilden. Honorius III. ging so weit am Anfang schon des 13. Jahrhunderts, die Lehre und das

Studium des römischen Rechts in Paris und andern fremden Universitäten zu verbieten [1]), eine Opposition, die eben so ohne Erfolg geblieben ist, wie alle übrigen.

2) Bei dem einheimischen deutschen gemeinen Recht ist das vom römischen Recht unabhängig entstandene und das auf das römische Recht sich beziehende zu unterscheiden.

Vor der Reception des römischen Rechts hatte Deutschland ausschließlich seine einheimischen Rechtsgewohnheiten. Wie sich dies reine deutsche Recht entwickelt haben würde ohne die Hinzukunft des römischen ist eben so wenig zu sagen, als wie die deutsche Kunst oder Poesie oder Philosophie ohne den Einfluß der griechischen und römischen. Es wäre auch eine Pedanterei, die Nichtlösung dieses Problems zu beklagen. Deutschland war nicht bestimmt sich zu isoliren, weder gegen seine Mitwelt, noch gegen die Vorwelt. — In welches Verhältniß traten nun beide Rechte? Manche glauben, das Verhältniß hätte sich so gestalten müssen, daß das römische Recht nur in subsidium angewendet worden wäre, wo das vorhandene einheimische Recht keine Norm über ein Verhältniß enthalten hätte. Dies war in der That unmöglich bei dem Charakter beider Rechte, von denen das eine noch ungebildet, in natürlicher Rohheit, unvollendet bestand, das andere auf das Feinste ausgebildet und wissenschaftlich vollendet war. Die Wissenschaft kann nie eine bloße Dienerin sein, sie ist eine geborne Herrscherin. — Es ist wie die Collision zwischen den nordamerikanischen Indianern und den Weißen. Die Civilisation ist für die rohe Natur ein verzehrendes Feuer. — Das römische Recht hat viele eigenthümlich deutsche Rechtsanschauungen und Einrichtungen verdrängt, viele sind stehen geblieben und bilden nun einen eigenen Kreis des Rechts, den wir das deutsche Privatrecht nennen.

So haben wir neben dem Eigenthum nach römischen Grundsätzen eigenthümlich deutsche Eigenthumsverhältnisse beim Lehen, Bauergütern u. s. w., neben den römischen Servituten eigenthümlich deutsche Realrechte, neben den römischen Verträgen eigenthümlich deutsche, z. B. Wechsel u. s. w., neben den römischen ehelichen Güterrechten eigenthümlich deutsche, neben dem römischen Erbrecht eigenthümlich deutsches: Erbverträge, Erbverzichte,

---

1) c. 28. X. de privil. (5, 33).

lehnrechtliche Succession u. s. w. Auch auf die Ausbildung dieser eigenthümlich deutschen Rechtsinstitute hat die römische Rechtsdoctrin einen nicht unbedeutenden Einfluß geübt. Wenn die jetzigen Germanisten sich bemühen, sie mehr in ihrer Reinheit darzustellen und zu entwickeln, so ist dies zu billigen, so weit der gegebene Rechtszustand eine solche Entwickelung zuläßt.

In dieser Sphäre ist eigentlich ein Conflict zwischen römischem und deutschem Recht in der Gegenwart nicht mehr vorhanden. Was sich von dem eigenthümlich deutschen Recht erhalten hat, und wie gesagt unter dem Namen „Deutsches Privatrecht" begriffen wird, findet seine Anwendung in den ihm zugewiesenen Kreisen, und bleibt außer Berührung mit dem römischen Recht, dem ebenso sein Gebiet, allerdings ein größeres, als jenem, zugewiesen ist. Es ist deshalb sehr Unrecht, daß von Seiten der neuesten Germanisten wieder ein unfruchtbarer Streit gegen die Position, welche das römische Recht einnimmt, erhoben worden ist. Soll das deutsche an Boden gewinnen, so kann dies nicht durch Declamationen geschehen, sondern durch eine innere systematische, logische Ausbildung desselben. Man kann jenen unzeitigen Declamationen auf eine höchst einfache Weise begegnen. Kein Richter wird in Verlegenheit sein, wo er irgend ein Pandektenlehrbuch als Entscheidungsnorm gebraucht, ein solches wird ihn nirgends im Stiche lassen. Mit dem ausführlichsten der Handbücher des deutschen Privatrechts hingegen wird er unter hundert Processen kaum Einen entscheiden können.

Es giebt aber auch einheimisches gemeines Recht, welches in unmittelbarer Beziehung zu dem römischen Recht steht, indem es eine weitere Entwickelung des römischen selbst ist. Die Reichsgesetzgebung hat sich mehrfach mit Gegenständen, die in den Kreis des Civilrechts einschlagen, beschäftigt, und das römische Recht in einzelnen Punkten abgeändert. Diese Modificationen sind im Ganzen von geringem Umfang. Es versteht sich aber, daß der Inhalt des römischen Rechts diesen Reichsgesetzen weicht, so weit es nicht etwa durch spätere Rechtsquellen dagegen wieder hergestellt ist.

Weit bedeutender sind diejenigen Modificationen, welche durch das Gewohnheitsrecht, theils gleich bei der Einführung des römischen Rechts, theils in der späteren Anwendung desselben gemacht worden sind. Dieses Gewohnheitsrecht zeigt sich theils

in den übereinstimmenden Ansichten der Schriftsteller, theils in der Praxis der Gerichte.

Auch diese Aenderungen sind als Thatsachen anzuerkennen, welche die Anwendung des römischen Rechts bedingen, und indem wir das heutige römische Recht dem reinen gegenüberstellen, verstehen wir unter andern auch diese Modificationen darunter. Hierüber das Nöthige anzugeben ist eine der Aufgaben der Pandektenvorlesungen. Aber es muß feststehen, daß die von dem römischen Recht abweichende Ansicht wirklich Gewohnheitsrecht ist. Häufig hat man bloße doctrinelle Mißverständnisse damit verwechselt, und oft hat man ferner eine allgemeine Praxis behauptet, wo die Ansichten stets sehr widersprechend gewesen sind. (Anweisung zum rechten Gebrauch der Praxis s. unten.)

3) Verhältniß des römischen Rechtes zu den Landes- und sonstigen Partikular-Rechten.

Es ist vor Allem der Gegensatz von gemeinem und particularem Recht selbst zu erklären, und wie es kommt, daß er besonders in unserm Volke so mächtig geworden ist.

Unsere Nation zeichnet sich durch einen gewaltigen Zug nach individuellster innerer Gliederung und Gestaltung aus. Der Einzelne hegt und pflegt seine Eigenthümlichkeiten, die Familien, die Ortschaften, die Landstriche, Provinzen, Länder fühlen den Trieb, eine Abgeschlossenheit, nicht etwa gegen das Fremde, sondern das am nächsten stehende, zu derselben Gattung Gehörige festzuhalten. Dieser Trieb ist so mächtig, daß er längst das Bewußtsein der Einheit und Gemeinschaft zerstört haben würde, wenn uns nicht in dem wissenschaftlichen Genie, in dem brennenden Eifer des Wissens, worin unser Volk keinem andern weicht und vielen vorangeht, ein Gegengewicht gegeben wäre. Die Wissenschaft hebt uns stets über das Besondere hinaus, sie bewegt sich und lebt wesentlich in dem Allgemeinen.

Jener Particularisationstrieb hat sich vorzugsweise in der politischen Gestaltung Deutschlands mächtig, ja eine Zeit lang leider als fast ausschließliche Macht erwiesen. Er ist es auch, der jener Unterscheidung des Rechts für uns eine so große Bedeutung gegeben hat.

Es giebt Genossenschaften, die ihr besonderes Recht ausgebildet und zum Theil unter allen Stürmen der Zeit bis auf die Gegenwart gerettet haben. Auf einer Stufe höher haben die ein-

zelnen Städte und Ortschaften neben dem mit andern gemeinschaftlichen Recht ihre eigenthümlichen Rechtssätze. Die Stadt- und Localrechte haben über sich die Provinzialrechte, die ihnen gegenüber das Allgemeinere sind, die aber wieder als Particularitäten gegenüber den Landesrechten sich verhalten, welche letztere als die höhere Gattung jene als Arten in sich fassen, von ihnen modificirt werden, und sie zu ergänzen bestimmt sind. Alle diese Rechte haben sich theils durch die unmittelbare Macht des Volksbewußtseins entwickelt, theils durch die Gesetzgebung, da nämlich, wo der Kreis, für den sie entstanden, ein bürgerliches Gemeinwesen gewesen ist. Dies gilt namentlich von den Landesrechten, die nach der Größe des Staats, für den sie bestimmt waren, einen größern oder geringeren Umfang der Geltung erlangt haben.

Alle solche Rechte sind vom deutschen Standpunkt nur particuläre, auch die Landesrechte, die eigenthümlichen Rechte der einzelnen deutschen Staaten. Particulär ist jedes Recht, das ein allgemeineres über sich hat, von dem es eine Abzweigung ist, und zu dem es sich, wie die Art zur Gattung verhält. Gemeines Recht ist nur das, welches der Stamm für jene Aeste und Zweige ist, und das sich nicht selbst wieder als bloßer Zweig eines andern Stammes verhält.

Gemeines Recht ist das über den Landesrechten stehende; mit ihm haben wir daher die Höhe des gesammten Rechtszustandes erreicht. Es ist der Schlußstein aller jener Rechtsbildungen, der sie zusammenhält, die Wurzel, aus der sie kommen, der Stamm, welcher sie trägt. Sie davon losreißen, würde heißen, sie aus dem Organismus, dem sie eingeboren sind, ausscheiden; die Folge wäre, daß sie entweder ein fremdes Recht werden oder verkommen und absterben würden.

Jener Zustand vieler particulären Rechte wäre ein für ein Volk ganz unerträglicher, wenn sie nicht in einem Höheren ihre Einheit fänden. Aber sie werden eben durch ein gemeines Recht als durch ein gemeinsames Band zusammengehalten, und, näher betrachtet, sind denn auch die Abweichungen nicht so übermächtig.

Ein Theil dieses gemeinen Rechts für Deutschland ist das römische Recht. Dieser hat eine besondere Wichtigkeit, theils dadurch, daß sich die Wissenschaft vorzugsweise daran geknüpft und ihm so einen eminenten Einfluß auf die Entwickelung aller andern Rechte gegeben hat, theils dadurch, daß er in einem noch

höhern Sinn gemeines Recht ist, nämlich ein Deutschland mit andern Ländern gemeinschaftliches Recht.

Das natürliche Verhältniß des römischen Rechts zu den Landes- und weiteren Particularrechten ist hiernach das, welches sich aus dem Character des gemeinen Rechtes ergiebt. Die Particularrechte heben das über ihnen stehende gemeine nicht auf, aber sie gehen ihm in ihrem Kreise vor; collidirt eine Particularrechtssatz mit dem gemeinen, so schließt er dessen Anwendung in der Sphäre, über die das Particularrecht Macht hat, aus. „Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht gemeines Recht." Der Umfang dieser Ausschließung wird von der Masse der particulären Eigenthümlichkeiten abhängen; gewöhnlich betreffen diese aber nur einzelne Rechtsinstitute und auch hier wieder nur einzelne Rechtssätze. In einigen Ländern haben die Landrechte bei Revisionen, die man damit vorgenommen, an äußerem Umfang sehr gewonnen. Man würde sich aber irren, wenn man glaubte, damit seien die particulären Eigenthümlichkeiten in demselben Maaße gewachsen; diese Ausdehnungen sind vielmehr nur dadurch bewirkt worden, daß man neben dem particulären Recht auch die gemeinen Rechtssätze in diese Gesetzbücher hereingezogen hat, in der Meinung, sie dadurch den Richtern zugänglicher und faßlicher zu machen. Dabei ist es den Gesetzgebern wohl begegnet, falsche Theorien des gemeinen Rechts aufzunehmen. Diese können der Absicht der Gesetzgeber gemäß nicht als particuläre Eigenthümlichkeiten gelten; sie müssen einer richtigeren Erkenntniß des gemeinen Rechts weichen, wenn der Gesetzgeber sie nur in der Voraussetzung ihrer Wahrheit und ihrer Harmonie mit dem gemeinen Recht in sein Gesetzbuch aufnahm.

Das natürliche Verhältniß zu dem Landesrecht hat das römische Recht noch jetzt in den meisten deutschen Staaten. Man drückt dies so aus: es hat Gesetzeskraft, es gilt als „recipirtes Recht", aber als gemeines, und weicht daher dem particulären Recht des Landes, der Provinz, des Ortes, so weit dieses mit ihm collidirt. Dies ist „subsidiäre Gültigkeit" genannt worden, ein unpassender Ausdruck, weil er die Regel wie eine Ausnahme darstellt. Man muß nicht sagen: das gemeine Recht gilt nicht, ausgenommen in Ermangelung particulärer Rechtsbestimmungen, sondern vielmehr: das gemeine Recht gilt, nur unbeschadet der eigenthümlichen particulären Rechtsbildung. Jener Ausdruck beruht

auf derselben engen, spießbürgerlichen Gesinnung, wie wenn ein Stadtbürger sagen wollte: ich bin ein Berliner, kein Preuße, ausgenommen wo in meinem Berliner Leben eine Lücke ist, oder der Staatsbürger: ich bin ein Preuße, und nur in subsidium, wo ich schlechterdings nicht anders kann, ein Deutscher.

Seit dem Ende des vorigen Jahrhunderts giebt es deutsche Länder, wo jenes Verhältniß aufgehoben worden ist, indem man Gesetzbücher eingeführt hat, die dem gemeinen Recht, und damit auch dem römischen, die Gesetzeskraft entzogen und sich selbst in dieser Hinsicht an die Stelle desselben gesetzt haben. Diese Ausnahmen bilden

1) die Länder, in denen das allgemeine preußische Landrecht eingeführt ist, also ein sehr großer Theil des preußischen Staats, und außerdem einige Provinzen, die früher ihm angehört haben und nachher andern Staaten zugefallen sind, ohne daß der Rechtszustand derselben in dieser Hinsicht verändert wurde, z. B. die fränkischen Fürstenthümer Ansbach und Baireuth, Ostfriesland;

2) die Provinzen, in denen das französische Gesetzbuch gilt;

3) die deutschen Erbländer der östreichischen Monarchie, für welche das dortige allgemeine bürgerliche Gesetzbuch Geltung hat.

Das Verhältniß des römischen Rechts zu dem Rechte dieser Länder ist von der einen Seite ein freieres und geistigeres, als in den Ländern des gemeinen Rechts, von der andern Seite aber eben darum auch leichter Mißverständnissen und Störungen ausgesetzt.

Jene Gesetzbücher sind in keiner Hinsicht selbstständig gegen das römische Recht, es ist ihre Grundlage, sie sind in dem größten Theile ihres Inhalts Darstellungen des römischen Rechts mit particulären Abweichungen. Wie die Gesetzgeber nur durch ihre römische Rechtskenntniß im Stande waren, diese Gesetzbücher zu machen, so ist auch der Richter nur durch die gleiche Kenntniß im Stande, sie richtig anzuwenden. Es mag sein, daß mancher Gesetzgeber von der Vorstellung ausgegangen ist, nur Er brauche Kenntniß und Geist, dann könnte der Richter eine bloße repetirende Maschine sein; aber diese Vorstellung ist kein bindendes Gesetz. Das juristische Denken des Gesetzgebers soll dem Richter nicht etwa das Denken ersparen; Richter, die nicht im Stande wären, die Gedanken des Gesetzgebers in sich zu reproduciren, wären dieses Namens nicht werth.

Dem Richter muß die juristische Vernunft nicht niedriger stehen als das Gesetz. Was würde man zu einem Rathgeber sagen, der sich bei dem Bau eines Hauses folgendergestalt vernehmen ließe: Um Obdach und Wohnung ist es euch zu thun, und ihr verschwendet Zeit und Kräfte mit dem Unterbau? Aufrichten wollt ihr etwas und ihr geht in die Tiefe? Welche Verkehrtheit, geht den geraden Weg zum Ziel! Mit dem Dach angefangen, mit den Zimmern, in denen ihr wohnen wollt, die Fundamente zu graben überlaßt den Maulwürfen! — Das sind die, welche uns den Rath geben, das Landesgesetzbuch zur Hand zu nehmen, und uns so wenig als möglich um römisches Recht zu kümmern.

Aus diesem Verhältniß der Gesetzbücher zum römischen Recht geht aber auch ferner hervor, daß dieses in den Gerichten als wissenschaftliche Ergänzung anzuwenden ist. In unzähligen zweifelhaften Punkten wird der Richter sich durch den Rechtsverstand des römischen leiten zu lassen haben. Nur die alleräußerste Unwissenheit könnte glauben, daß mit der Aufhebung seiner gesetzlichen Autorität das römische Recht aufgehört habe von praktischem Gebrauch zu sein. Ganz anders haben die Gesetzgeber, welche das preußische Landrecht einführten, die Sache angesehen. Sie haben das römische Recht als unentbehrliche Vorschule für das Landrecht erkannt und festgehalten. Von oben herab ist sein Studium stets befördert, und die preußischen Universitäten sind so besetzt worden, daß sie auch in der civilistischen Jurisprudenz gegen keine zurückgestanden haben. Wer von unten auf diesem Ansinnen widerstrebt hat, hat es auf seine eigne Gefahr und zu seinem eigenen Schaden gethan.

Litteratur.

§. 9. 9a.

S. d. Lehrbuch.

Erstes Buch.

Von den Rechtsvorschriften.

Erstes Kapitel.

Die Rechtsquellen.

Entstehung des Rechts.

§. 10.

Die Frage der Rechtsentstehung hat eine allgemeine und speciellere praktische Wichtigkeit.

1) Von der richtigen Einsicht in diesen Punkt hängt die wahre Behandlung des Rechts überhaupt ab. Wo Juristen und Gesetzgeber das Recht verkehrt behandelten, sind ihre Irrthümer fast immer von einem Grundirrthum über die Entstehung des Rechts ausgegangen.

2) Das erste Geschäft des Richters ist, sich von der Existenz der Rechtssätze zu überzeugen, in deren Anwendung sein Beruf besteht. Dazu gehört die Kenntniß der Entstehung, der Quellen, durch die ein Rechtssatz hervorgebracht werden kann, der Bedingungen, von denen diese Erzeugung abhängt.

Die augenfälligsten Rechtsquellen sind die Aussprüche der gesetzgebenden Gewalt im Staat, ja es gab eine Zeit, wo man die Gesetzgebung für die einzige, wenigstens für die einzige vernünftige und berechtigte Rechtsquelle hielt, Recht und Gesetz ganz identificirte, oder wenigstens jede andere Rechtsquelle für eine Unvollkommenheit erklärte.

Diese Vorstellung gehört indeß einer Zeit an, wo man den Staat von seiner natürlichen Grundlage, der Nation, theoretisch losgerissen und auf eine willkührliche Verabredung der Menschen gegründet hatte. Mit dem Fundament des Staats hatte man auch das Fundament des Rechts, welches dasselbe ist, verloren. Man sollte glauben, diese Idee sei eine Erfindung tyrannischer, despotischer Fürsten gewesen, die Alles hätten von ihrer Willkür abhängig machen wollen. Dem war jedoch nicht so; es war zum

Theil die Erfindung solcher, welche sich dem Volke als Vertheidiger der Freiheit vorstellten, und noch jetzt klingt diese Vorstellung vorzugsweise in solchen nach, welche unter dem mißbrauchten Namen liberaler Gesinnungen die der wahren Freiheit gefährlichsten Grundsätze zu verbreiten suchen.

Daß die Gesetze nicht die einzige, nicht einmal die vornehmste Rechtsquelle sind, geht aus zwei Umständen hervor:

1) Kein Richter, auch bei dem vollständigsten Gesetzbuch, kann bloß mit diesem auskommen, jeder kommt in den Fall, anderes Recht zu bedürfen.

2) Die Gesetze setzen immer schon Recht voraus, das also nicht wieder gesetzliches sein kann. Die Gesetzgebung ist nur im Staate möglich, der Staat selbst aber ist auf das Recht gegründet, er kann es daher nicht selbst ursprünglich hervorgebracht haben. Wenn es also noch andere Rechtssätze giebt außer den Gesetzen, woher stammen sie? Wenn der Richter noch anderer Rechtssätze bedarf, woher nimmt er sie?

Die Rechtsquellen außer der Gesetzgebung sind die unmittelbare rechtliche Ueberzeugung der Nation, und die Wissenschaft. Jene ist zugleich die erste und ursprünglichste Rechtsquelle, die Voraussetzung selbst des gesetzlichen Rechts.

Die wahre Lehre von der Entstehung des Rechts ist folgende: Die Rechtssätze beruhen auf einer gemeinsamen Ueberzeugung, vermöge deren die in rechtlicher Gemeinschaft Stehenden eine Vorschrift als rechtliche Norm anerkennen. Diese Ueberzeugung entsteht als eine gemeinsame, ursprüngliche auf natürlichem Wege, d. h. dadurch, daß den Genossen derselben von Natur eine gleiche Geistesrichtung innewohnt. Daher hat das Recht seinen menschlichen und geschichtlichen Ursprung in einer natürlichen Verbindung, welche die Vereinigten geistig afficirt. Dies ist die Volksverbindung. Den Beweis giebt hier die Thatsache, daß die Rechte nach den Völkern verschieden sind. In demselben Volke sind verschiedene Rechte möglich. Auch dies hängt ursprünglich und der Grundlage nach mit nationellen Unterschieden und Abtheilungen im Volke zusammen.

Die Glieder eines Volkes sind durch eine gemeinsame Geistesrichtung (Volkscharakter) verbunden. Gewisse Ansichten und Ueberzeugungen, oder wenigstens Empfänglichkeiten dafür und

Keime sind ihnen als Volksgliedern angeboren. Dahin gehören auch rechtliche Ueberzeugungen.

Das Recht beruht also in seinem letzten historischen Grund auf der gemeinsamen Ueberzeugung des Volkes. Recht ist etwas kraft des Willens der Nation, bei particulären Rechten der engeren nationellen Verbindung.

Wollte Jemand meinen, gegen diese Ansicht den göttlichen Ursprung des Rechts vertheidigen zu müssen, der würde sie mißverstehen. Sie stellt diesen gar nicht in Abrede. Wir stellen nicht in Frage, daß das Recht von Gott ist, dies wäre eine Erniedrigung des Rechts. Die Frage ist nur, wie Gott das Recht hervorbringt. Wir behaupten: dadurch, daß er die Recht erzeugende Kraft in die Natur der Völker gelegt hat.

Durch jenen gemeinsamen Willen entstehen:

1) Die Rechtssätze selbst, nach denen die Personen und ihre Verhältnisse beurtheilt werden;

2) die Verfassung, durch welche die wirkliche Anwendung des Rechts gesichert und die Rechte, die den Personen zustehen, geschützt werden. Der nationale Wille unterwirft die Glieder des Volks einer Obrigkeit, deren Aufgabe die Realisation der rechtlichen Ordnung ist. Dadurch wird die Nation zum Staat.

Das Wesentliche dieser Ansicht ist, daß sie den Ursprung des Rechts und der Verfassung in den Kräften einer natürlichen Verbindung sucht, in dem Geist, der diese durchdringt.

1) Nicht durch den Willen des Einzelnen entstehen sie, durch Verabredung zur Bildung eines Staats und Geltenlassen gemeiner Rechtsvorschriften, denn ein Vertrag hat keine schöpferische Kraft, er kann nur das Vorhandene bestimmen und modificiren. Sie entstehen durch einen Willen, aber durch den nationellen.

2) Das Recht entsteht nicht erst durch den Staat, der vielmehr Recht schon voraussetzt. Die ursprüngliche Quelle des Rechts ist nicht die Obrigkeit, die Staatsgewalt, die selbst einer rechtlichen Grundlage bedarf, welche nur die realisirte, rechtliche Ordnung ist. Sie bringt Recht hervor, aber dies ist nicht die ursprüngliche Entstehung. Noch weniger ist das Volk im politischen Sinne, die Regierten im Gegensatz zum Regenten Quelle des Rechts. Das Volk, dem wir das Recht zuschreiben, ist das natürliche Ganze, nicht die politische Corporation. In diesen beiden Gegensätzen haben sich seit langer Zeit die Politiker bewegt

Nach der einen Partei soll die Obrigkeit, nach der andern die Regierten die Quelle des Rechts sein. Von diesen Gegensätzen kann man nicht einmal sagen, daß die Wahrheit in ihrer Mitte liegt; sie liegt ganz außerhalb dieser beiden Richtungen. Darum sind diese Parteien so unfruchtbar und nicht weniger die Justemilieu's, welche sich dazwischen gesetzt haben. Dies sind bloße Negationen, keine Positionen.

Der Wille der Nation tritt auf verschiedenen Wegen in Wirksamkeit:

1) in der actuellen gemeinen Ueberzeugung der Glieder des Volkes selbst und unmittelbar. Diese in den Gliedern der Nation selbst unmittelbar wirksame Volksüberzeugung äußert sich in ihren Handlungen, die insofern eine Uebung der gemeinen Ueberzeugung sind. Diese Uebung ist eine fortwährende, daher Sitte, mos, consuetudo. Daher Gewohnheitsrecht;

2) in dem Willen der Obrigkeit, die berufen ist, den Volkswillen auszuführen und zu repräsentiren. Insofern sie den erkannten Willen ausspricht, heißt sie Gesetzgebung. Das, was der Gesetzgeber ausspricht, gilt als Wille der Gesammtheit. Der Act des Ausspruchs heißt Gesetz. Daher gesetzliches (promulgirtes) Recht;

3) in der wissenschaftlichen Thätigkeit. Die Entstehung des Rechts durch den unmittelbaren Willen der Nation und den Gesetzgeber ist eine freie; was sie hervorbringen, unterliegt im Einzelnen keiner eine bestimmte Linie vorschreibenden Nothwendigkeit (z. B. Formen bei der Eigenthumserwerbung, Fristen für die Ausübung von Rechten, Voraussetzungen der Verbindlichkeit der Verträge, Berechtigung zur Erbfolge u. s. w.). Dagegen im Ganzen besteht auch für sie eine gewisse Schranke in der vernünftigen Natur des Rechts; das Recht ist etwas Vernünftiges, in seiner Entwickelung einer logischen Nothwendigkeit Unterliegendes. Wenn z. B. der Gesetzgeber das Eigenthum als unmittelbare Herrschaft über eine Sache anerkennt, so anerkennt er damit nothwendig auch die vernünftigen Consequenzen aus dieser seiner Natur, wonach es z. B. in seiner Wirkung eine ganz andere Beschaffenheit hat, als die Obligatio, wiewohl freilich unter Umständen das Bedürfniß zu einer Abweichung von diesen Consequenzen führen kann. Diese vernünftige Seite des Rechts macht auch die Wissenschaft zur Erzeugerin von Rechtssätzen, indem sie

aus den im gegebenen Recht anerkannten Principien andere Rechtssätze folgert, die weder im gemeinen Recht, noch im geschriebenen ausgesprochen vorliegen. Was mit innerer Nothwendigkeit aus den bestehenden Rechtssätzen folgt, muß eben wegen der Vernünftigkeit des Rechts ebenfalls als Recht, als Wille der Nation gelten. Dieses Recht ist das Recht der Wissenschaft.

Diese drei Entstehungsarten des Rechts: unmittelbare Volksüberzeugung, Gesetzgebung, Wissenschaft nennt man Rechtsquellen. Davon sind zu unterscheiden die Erscheinungsformen des Rechts, die äußere Darstellung des Rechts, Erkenntnißquellen, die jenen Quellen zum Theil gemeinschaftlich, zum Theil in gewisser Art wenigstens der einen oder der anderen eigenthümlich sind.

Unter diesen Erkenntnißquellen nimmt einen vorzüglichen Platz die Schrift ein, wenn das Recht aufgezeichnet ist. Hiernach wird das Recht getheilt in geschriebenes und ungeschriebenes, ius scriptum, nec scriptum. Man hat diese Eintheilung früher fälschlich auf die Entstehung bezogen (geschriebenes = „gesetzliches", ungeschriebenes = „Gewohnheitsrecht") und dieser Sprachgebrauch hat sich auch nach der Beseitigung jenes Irrthums erhalten. Allerdings kann das gesetzliche Recht ein geschriebenes im vorzüglichen Sinne genannt werden, es ist dieses gleich bei seiner Entstehung. Aber ein Gewohnheitsrecht, wenn es aufgezeichnet wird, wird dadurch nicht ein gesetzliches (ausgenommen der Fall der Aufnahme in ein Gesetz), und ein gesetzliches, wenn die Urkunde sich verliert, nicht zum Gewohnheitsrecht.

Gewohnheitsrecht.

§. 11.

Gewohnheitsrecht ist das Recht, welches in dem Bewußtsein des Volkes unmittelbar entstanden und erzeugt ist, zu dessen Hervorbringung der Volksgeist sich keines andern Mittels, als des Gemüths der Volksglieder selbst bedient hat, und das in der Sitte des Volks, usus, consuetudo, sich manifestirt.

Es kommt Alles darauf an, den Grund dieses Rechtes und das Verhältniß der Gewohnheit dazu richtig zu bestimmen. Die Irrthümer über dieses Recht lassen sich alle auf eine falsche Vorstellung über diese beiden Punkte zurückführen.

1) Der Grund des Gewohnheitsrechts ist das nationelle Rechtsbewußtsein. In dem Volke als natürlicher Verbindung ist dieses Recht zu suchen. Die rechtliche Ueberzeugung der Nation ist das Gewohnheitsrecht, nicht der Wille des Volkes im politischen Sinn. Die älteren Juristen, die dies nicht eingesehen, haben darum das Gewohnheitsrecht für ein von den Unterthanen ausgehendes, daher für ein unregelmäßiges gehalten, und haben deshalb die Genehmigung des Gesetzgebers gefordert. Manche verlangten sogar specielle Bestätigungen. Dies war absurd, weil ein solches Recht dann kein Gewohnheitsrecht mehr wäre. Die meisten begnügten sich, ein generelle Genehmigung im Voraus anzunehmen, als welche sie namentlich die entsprechenden Aeußerungen des römischen Rechts betrachteten. Auch hierin lag eine Verkehrtheit, weil das römische Recht für Deutschland selbst nur Gewohnheitsrecht ist.

Das Gewohnheitsrecht ist vor dem gesetzlichen. Es hat seine Kraft nicht von der Autorität des Gesetzgebers, sondern von derselben Macht, auf welche auch diese Autorität zunächst sich zurückführt; es gilt, weil das Recht ein nationeller Wille und das Gewohnheitsrecht die erste Gestalt ist, die er annimmt.

Es giebt particuläres Gewohnheitsrecht, dies beruht auf dem Rechtsbewußtsein einzelner Abtheilungen des Volks, aber nur solcher Abtheilungen, die einen nationellen Charakter haben, also der natürlichen Abzweigungen des Volks. Wenn eine Stadt ihr Gewohnheitsrecht hat, so ist nicht die politische Corporation das Subject dieses Rechtsbewußtseins, sondern die Gesammtheit der Bewohner, insofern sie durch räumliche Nähe, Gleichheit der Bedürfnisse, gemeinsame Abstammung zu einer innern geistigen Verwandtschaft verbunden sind, so daß von einem gemeinsamen Charakter, von gemeinsamer natürlicher eingeborner Ueberzeugung bei ihnen die Rede sein kann.

Auch hier hat man häufig die politische Corporation und das natürliche Ganze verwechselt. Daher ist es gekommen, daß man das Gewohnheitsrecht auf die Autonomie gegründet hat, die etwas davon ganz Verschiedenes ist. Der Unterschied liegt eben in dem Subject; dies ist beim Gewohnheitsrecht ein natürliches, bei dem autonomischen Recht ein künstliches politisches Ganze. Es giebt ein autonomisches Recht, das durch seine stillschwei-

gende Entstehungen eine äußerliche Aehnlichkeit mit dem Gewohnheitsrecht hat, aber im Wesen etwas Anderes ist. (S. unten.)

2) Das Gewohnheitsrecht entsteht dadurch, daß der nationelle Geist in den Gemüthern der Menschen rechtliche Ansichten pflanzt und hervortreibt, die sie selbst als gemeinsame erkennen oder fühlen. Nicht eine stillschweigende Uebereinkunft ist es, ein Act der Verabredung, wodurch das Gewohnheitsrecht entsteht, sondern eine natürliche Einheit der Geistesrichtung und Anschauung. Dadurch unterscheidet sich die Entstehung des Gewohnheitsrechts von der des autonomischen, auch der stillschweigenden.

4) Das Verhältniß der Gewohnheit zum Gewohnheitsrecht ist das der äußern Erscheinungsform zum innern Wesen der Sache. Die Gewohnheit ist die Uebung des Rechtssatzes, der schon vor ihr vorhanden ist, und in ihr sich nur verkörpert und vielleicht auch befestigt, indem die Handelnden in der fortwährenden Uebung ihrer Ueberzeugung wie in einem Spiegel recht gewiß werden.

Hier findet sich nun ein sehr verbreiteter Irrthum vor, der, wo er herrscht, eine richtige Theorie des Gewohnheitsrechts und eine richtige praktische Behandlung desselben unmöglich macht. Man hat geglaubt, der Körper sei der Vater der Seele, die Schaale die Ursache des Kerns, die Gewohnheit bringe das Recht hervor. Gewohnheitsrecht sei das Recht, das durch Gewohnheit entstehe; das Volk handle blind und ohne Princip, und nachdem es dies lange fortgesetzt habe, bilde es sich ein, es sei Recht. Diese Vorstellung hat lange Zeit regiert. Nun sollte man zwar glauben, es hätte nur des Aussprechens der Wahrheit bedurft, um sie für immer zu beseitigen. Dessenungeachtet haben sich Manche nicht davon trennen können. Es ist dies eine eine arge Verwechslung der Erkenntniß und der Sache selbst. Wir gehen bei der Erkenntniß von der Uebung aus und kommen durch Schlußfolgerungen auf das Recht. Aber die Sache selbst hat den umgekehrten Weg genommen. So schließen wir aus der Bewegung der Hand oder des Fußes auf das Leben des Menschen. Aber wer wird darum behaupten, jene Bewegung sei die Ursache des Lebens?

Eine Thatsache von großer praktischer Wichtigkeit ist es, daß die Gewohnheit keineswegs bloß beim Gewohnheitsrecht vor-

kommt. Dies ist wohl zu beachten, wenn zur Begründung irgend eines Anspruchs sich auf Gewohnheit oder Herkommen berufen wird. Z. B. eine Gemeinde macht gewisse Anforderungen an die nichtbürgerlichen Einwohner, und beruft sich dafür auf das Herkommen. Dies kann einen sehr verschiedenen Sinn haben, und danach ist auch die rechtliche Beurtheilung verschieden.

Consuetudo, usus, Gewohnheit, Herkommen, ist an sich nichts als fortgesetzte Uebung, namentlich eine aus getrennten Handlungen bestehende. Dies kann sein:

1) Ausübung eines Rechts (als Macht), z. B. Ersitzung der Servituten, unvordenkliche Zeit[1]). Ein solches Herkommen ist nach den Grundsätzen dieser Institute, nicht nach denen vom Gewohnheitsrecht zu beurtheilen.

2) Uebung eines Rechtssatzes. Dieser Rechtssatz kann

a) ein gesetzlicher sein; dies wird selten der Fall sein, weil für die Gesetze die Schrift das nächste Erkenntnißmittel ist;

b) ein autonomischer. Recht der Autonomie ist die Befugniß ohne gesetzgebende Gewalt, Vorschriften mit der Wirkung von Rechtssätzen festzusetzen. Es steht unter gewissen Beschränkungen 1) Corporationen zu, insofern ihren Statuten eine Wirkung auf Dritte beigelegt ist, die nicht stattfinden würde, wenn die Festsetzungen die bloße Kraft von Verträgen hätten; 2) Behörden für gewisse Verhältnisse, namentlich die äußere Form der Verhandlungen vor ihnen. Sehr ausgedehnt hatten es die römischen Prätoren; in diesem Umfang kommt es keiner jetzigen Behörde zu. Diese autonomischen Dispositionen können ausdrücklich gemacht werden in der durch die Verfassung vorgeschriebenen Form, Statuten, aber auch stillschweigend, Observanzen.

Hier ist es also ebenfalls die Uebung, die ein Kennzeichen und Erkenntnißmittel des Rechtssatzes ist;

c) ein wissenschaftlicher Rechtssatz, wenn die wissenschaftliche Wahrheit sich in der Anwendung wirklich geltend gemacht hat;

d) ein Gewohnheitsrecht. Dies ist der Fall, wenn der in dem Herkommen erscheinende Rechtssatz seine Quelle in der unmittelbaren Volksüberzeugung hat. Nur hier ist von einem Gewohnheitsrecht zu sprechen.

---

1) L. 13. §. 1. D. comm. praed. (8, 4.) L. 1. §. ult. D. de aqua pluv. (39, 3.) L. I. C. de servit. (3, 34.)

Erkenntniß des Gewohnheitsrechts.

§. 12.

Die Frage ist: wie haben wir uns die Gewißheit der Existenz eines Gewohnheitsrechts zu verschaffen?

Vor Allem ist das Ziel der Erkenntniß festzustellen, danach wird sich die Beschaffenheit der Mittel bestimmen.

Das Ziel ist die Existenz des Gewohnheitsrechts. Dieses aber ist vorhanden, wenn ein Rechtssatz als solcher in der Ueberzeugung des Volkes besteht (des ganzen, oder des betreffenden Theils). Die Existenz einer gemeinsamen rechtlichen Ueberzeugung ist das, wovon wir durch die Erkenntnißmittel die Gewißheit erlangen sollen. Sie müssen also so beschaffen sein, daß jene daraus erschlossen werden kann.

Der Begriff der gemeinsamen Ueberzeugung selbst aber muß noch etwas näher bestimmt werden. Sie ist nicht nothwendig eine Ueberzeugung aller Einzelnen. Es giebt hier eine natürliche Repräsentation der Gesammtheit durch die Kundigen, Verständigen, Erfahrenen. Aber auch das vollkommene Leben des Rechts in dem Bewußtsein aller verständigen Glieder des Volkes setzt eine gewisse Einfachheit des Rechts und der Lebensverhältnisse voraus. In vorgeschrittenen Zeiten wird noch immer ein Theil des Rechts sich in dem Bewußtsein Aller actuell erhalten, aber im Ganzen und Großen das Rechtsbewußtsein des Volks sich (abgesehen von Rechtssätzen, die in ihrer Anwendung auf einen kleinen Kreis von Personen beschränkt sind) in dem Stand derer, die aus der Behandlung und Beurtheilung rechtlicher Verhältnisse einen Beruf machen, concentriren, in dem Stand der Juristen und Geschäftsmänner.

Als Mittel, eine solche gemeine Rechtsüberzeugung zu erkennen bietet sich vor Allem die natürlichste und unausbleibliche Manifestation derselben dar, die Uebung. Man hat die Erfordernisse der consuetudo früher in sehr viele einzelne zerspalten, sie reduciren sich aber in Wahrheit auf zwei. Zunächst muß diese Uebung, um ein Mittel für jenen Zweck zu sein, folgende positive Eigenschaften haben[1]):

---

1) Von den negativen s. d. folg. §.

1) Uebung einer rechtlichen Ueberzeugung, also aus einer rechtlichen Ueberzeugung der Handelnden hervorgegangen (opinio necessitatis), z. B. nicht aus Höflichkeit oder Gefälligkeit u. s. w. Die Acte können außergerichtliche und gerichtliche sein, zu den letzteren gehören namentlich Entscheidungen, in denen der fragliche Rechtssatz angewendet worden ist, rerum iudicatarum auctoritas, Praxis, usus fori, Gerichtsgebrauch (zu unterscheiden von Gerichtsobservanz, stylus curiae). Beides ist an sich gleich, die gerichtlichen Acte haben indeß den Vorzug, daß bei ihnen die opinio necessitatis nicht zweifelhaft sein kann. Ein Irrthum ist es, daß die actus publici sein müßten. Er hängt theils mit dem angeblichen Erfordernisse einer Genehmigung des Gesetzgebers, theils mit einer Verwechslung mit der Verjährung zusammen.

2) Wiederholte und constante gleichförmige Uebung „Gewohnheit". Erst dadurch entsteht eine dringende Vermuthung, daß ihr eine gemeine Ueberzeugung zu Grunde liegt. Wie viele Fälle dem Richter vorliegen müssen, um ihn zu diesem Schluß zu berechtigen, wird nach den Umständen verschieden sein (es läßt sich denken, daß schon drei oder vier die nöthige Stärke des Beweises haben, aber auch daß bei weitem mehr nöthig sind). Diese Wiederholung muß von verschiedenen Personen, damit eine gemeinsame Ueberzeugung wahrscheinlich werde, und sie muß zu verschiedenen Zeiten geschehen sein, damit man einer dauernden, festen Ueberzeugung sicher sei. Darin liegt das Erforderniß einer gewissen Länge der Zeit, longa consuetudo, usus longaevus. Hier hat man im Mittelalter die Bestimmungen über die Verjährungszeit zu Hülfe genommen, und dieser Irrthum hat auch in das canonische Recht Eingang gefunden (consuetudo legitime praescripta). Gegenwärtig ist man aber davon längst zurückgekommen. Das Erforderniß der Zeit darf aber überhaupt nicht als ein abgesondertes verstanden werden. Eine gleichförmige Uebung ist nicht schon durch sehr seltene, entgegengesetzte Fälle ausgeschlossen, denn dies kommt auch bei unzweifelhaften Rechtssätzen vor; wohl aber würde das Erkenntnißmittel seine Beweisfähigkeit ganz verlieren, wenn diese Unterbrechungen sich häufiger wiederholt hätten.

Außer der Uebung kann auch durch Vernehmung glaubwürdiger Personen über die Existenz des Gewohnheitsrechts überhaupt dasselbe nachgewiesen werden, und am rathsamsten ist es,

beide Mittel zu verbinden. Aber auch das letzte allein kann hinreichen; die Verbindung ist nicht möglich, weil fremde Rechtsverständige, welche die Existenz bezeugen, auf die Begründung ihres Urtheils durch einzelne Acte sich nicht einlassen. Ein unverwerfliches Zeugniß ist das eines richterlichen Urtheils, dem eine Untersuchung des Gewohnheitsrechts vorausgegangen ist[1]).

Endlich kann die Existenz durch glaubhafte Aufzeichnungen dargethan werden. Glaubhaft können sie sein theils an sich durch ihren Verfasser, theils durch ihren Erfolg. Dahin gehören nicht blos Sammlungen, sondern auch die Anzeigen von Gewohnheitsrechtssätzen in einzelnen Schriften. Hier ist aber besonders Kritik nöthig, da solche beiläufige Notizen häufig ungenau sind. Eine Art von mündlicher Aufzeichnung sind die Rechtsparoemien, insofern sie im Volke entstanden und im Schwange sind.

Hindernisse der Beweiskraft der Erkenntnißmittel.

§. 13.

Die Uebung und Gewohnheit hat eine Autorität für die Rechtserkenntniß, aber sie macht nicht selbst Recht, sie hat keine selbstständige Autorität, sondern nur insofern als sie die Manifestation eines Rechtssatzes ist. Wäre daher die Nichtexistenz desselben aus andern Gründen entschieden, so würde jene ein bloßes Trugbild, ein ganz irrelevantes Factum sein. — Dies ist der Fall:

1) wenn der usus, namentlich der Gerichtsgebrauch auf einer übereinstimmenden Meinung der Juristen beruht, aber diese nicht als Repräsentanten einer nationellen Ueberzeugung gelten können, weil es nur eine doctrinelle, auf wissenschaftlichen Gründen beruhende Meinung ist, die von ihnen ausgesprochen wird. Ist die letztere falsch, so hat der usus keine Autorität. Er ist nicht Uebung einer nationellen Ueberzeugung, sondern eines wissenschaftlichen Irrthums, und die Uebung eines Irrthums hat keine Autorität. Anders ist es, wenn der Irrthum blos die Begründung des Rechtssatzes betrifft. Z. B. seit dem Mittelalter herrscht der Gebrauch der Siegel zur Beglaubigung der Unterschrift, namentlich auch der Testamente. Dieser ist deutsches Gewohnheitsrecht.

---

1) S. L. 34. D. de legib. (1, 3.)

Die ältern Juristen aber berufen sich zur Begründung auf das römische Recht, obwohl dieses blos den natürlichen Gebrauch der Siegel kennt. Der Irrthum, in welchem sie hier befangen waren, macht jenes Gewohnheitsrecht nicht ungültig.

2) Der geübte Satz ist als Rechtssatz, überhaupt, oder in dieser Art, unmöglich. Dahin gehört, wenn er den religiösen oder sittlichen Geboten widerspricht; denn eine schlechthin unsittliche Gewohnheit darf nie als Ausdruck einer wahren Volksüberzeugung gelten. Ferner, wenn er der rechtlichen Ordnung, oder einem höhern Recht, widerspricht. So wird z. B. gemeines Recht durch particuläres Gewohnheitsrecht nicht aufgehoben, wenn es ausschließend ist. (S. unten §. 17.) Einige haben geglaubt, die Gewohnheit dürfe auch überhaupt nicht Gesetzen widerstreiten, es gebe keine consuetudo legi contraria. Das Gegentheil giebt aber die Natur der Sache. Der unmittelbare Nationalwille kann nicht schwächer sein, als der fingirte im Gesetz; die Geschichte lehrt daß unzählige Gesetze durch das Gewohnheitsrecht aufgehoben worden sind. Endlich findet diese Ansicht auch in den Gesetzen ihre Widerlegung [1]). Manche haben sich an das Wort desuetudo in der angef. L. 32. D. de leg. heften wollen. Dies ist ganz ohne Sinn, die desuetudo ist gewiß dem Gesetz sehr conträr. (Das Gewohnheitsrecht könnte ein Gesetz außer Anwendung bringen, und doch, nachdem es aufgehoben, nicht etwas anderes einführen.) —

Oder man behauptet, jene Pandektenstelle sei ein Grundsatz der Republik, der sich in Justinians Pandekten verirrt hätte, ja den dieser Despot selbst wohl in demagogischer Anwandlung unversehens zuweilen angewendet. (Die Verfassung hat indessen überhaupt mit unsrer Frage nichts zu schaffen.) Andre suchten wenigstens die Kraft des Gewohnheitsrechts zu schwächen: so, meinten sie, entbehre es der Wirksamkeit gegenüber absolut gebietenden und verbietenden Gesetzen (s. unten §. 110). Diese Meinung hängt mit der Gründung des Gewohnheitsrechts auf Autonomie zusammen.

Die richtige Ansicht ist jetzt die herrschende. Aber man hat eine Schwierigkeit in einer Stelle [2]) gefunden, die das Gegentheil

---

1) L. 32. D. de legib. (1, 3.) §. 11. J. de jure nat. (1, 2.) Nov. 89. c. 15. Vgl. über diese Stellen Beilage I.

2) L. 2. C. quae sit l. c. (8, 53). Vgl. Beilage I.

zu sagen scheint. Es giebt unzählige Erklärungs- und Vereinigungsversuche, die alle das mit einander gemein haben, daß sie willkührliche Voraussetzungen hineintragen, die zum Theil offenbar falsch sind. Als eine solche muß die neueste von v. Vangerow [3]) angesehen werden: die Stelle spreche von einem Gesetz, das ein künftiges Gewohnheitsrecht verboten habe. Dies ist eine Unmöglichkeit. Ein Gesetz kann so wenig ein künftiges Gewohnheitsrecht, als ein künftiges Gesetz aufheben.

Die Vereinigung dieser Stelle mit der richtigen Ansicht ist jedoch nicht von großem praktischen Gewicht. Wäre ein Widerspruch anzunehmen, so würde diese Entscheidung aus innern Gründen eintreten, und diese spricht gegen die Beschränkung des Gewohnheitsrechts. Aber die Vereinigung findet sich, sowie man ohne vorgefaßte Erwartung an die Stelle geht. Es ergiebt sich dann, daß sie die Frage von der Kraft des Gewohnheitsrechts gar nicht behandelt. Sie sagt nur: es kann eine consuetudo da sein, und doch kein Gewohnheitsrecht; eine consuetudo eines Satzes, der nicht Rechtssatz sein kann, hat keine Autorität, denn ihre Autorität ist keine selbstständige. Sie spricht nur den Gedanken aus, der diesem ganzen §. zu Grunde liegt, und den ich daher oben, fast mit den Worten der Stelle, an die Spitze gestellt habe.

Gesetzliches Recht.

§. 14.

Gesetzliches Recht ist das auf einem Ausspruch der gesetzgebenden Gewalt beruhende. Erfordernisse seiner Entstehung sind:

1) Das Gesetz muß der Wille dessen sein, den die Verfassung des Staats zum Subject der gesetzgebenden Gewalt macht.

2) Dieser Wille muß auf die verfassungsmäßige Weise ausgesprochen sein, Promulgation (auch Sanction genannt).

3) Das Gesetz muß bekannt gemacht sein, Publication. Die Art der Publication giebt die Verfassung; ohne Publication aber giebt es kein Gesetz.

Eigentliche Gesetze sind die Aussprüche der Staatsgewalt, die einen Rechtssatz enthalten, von welchem Umfang er sein möge, eine Regel, nach welcher eine gewisse (größere oder kleinere)

---

3) Leitfaden für Pandekten-Vorlesungen, Bd. I. S. 28.

Gattung von Fällen zu beurtheilen ist, leges generales. Dahin gehören auch die für eine besondere Classe von Personen ausdrücklich bestimmten, z. B. Soldaten, Frauen u. s. w., die leges speciales, im Gegensatz gegen die auf alle Staatsangehörige anwendbaren oder leges communes.

In die gesetzgebende Gewalt ist aber auch die Befugniß gelegt, für einzelne Personen oder Gegenstände etwas zu bestimmen, das die Wirkung eines Rechtssatzes haben soll, ohne aber in seiner Anwendung über jene hinauszugehen, constitutiones personales. Hierher gehören die Dispensationen, die Entbindung einer Person von einer Rechtsvorschrift für einen einzelnen Fall, die Privilegien, die Ertheilung eines Rechts, das die Person nach dem generellen Rechte nicht hätte, überhaupt die Concessionen. Eine solche ist z. B. die venia aetatis. Würde dagegen der Satz ausgesprochen, daß unter gewissen Bedingungen die Großjährigkeit früher eintreten solle, so wäre dies eine lex generalis. — Die constitutiones personales sind keine Rechtsquellen, nur Quellen von Rechten, daher auch bei den Rechten von ihnen die Rede sein wird (§. 31).

Die leges generales beziehen sich nie blos auf einen einzelnen Fall. Es ist aber möglich, daß bei Gelegenheit der Entscheidung eines einzelnen Falls zugleich ein Rechtssatz ausgesprochen wird. Dieses geschah von den römischen Kaisern in den Decreten und den Rescripten auf Anfragen und Berichte.

In der Form der Rescripte wurden theils Verleihungen gemacht, z. B. venia aetatis, Arrogation, Legitimation u. s. w., theils wurden Fälle entschieden, die dem Kaiser vorgelegt worden waren, rescripta iustitiae. Die ersteren (rescripta gratiae nach canonischer Sprachweise) waren durchaus constitutiones personales und sind auch jetzt noch üblich; die meisten können personalia, aber auch generalia sein. Jetzt kommen sie in dieser Allgemeinheit nicht mehr vor, weil der Einfluß des Fürsten auf die Rechtspflege (Cabinetsjustiz) gegenwärtig unzulässig ist. Doch giebt es noch heutzutage Rescripte, wodurch die Justizministerien in gewissen Fällen auf die Thätigkeit der Gerichte, ferner die Obergerichte auf die Untergerichte einwirken, z. B. rescripta avocatoria, Abnahme der Entscheidung wegen Pflichtwidrigkeit u. s. w., rescripta de emendando auf erhobene Appellation und

Rechtfertigung, ohne Vernehmung des Appellaten, was ausnahmsweise zulässig ist.

Das römische Recht enthält Bestimmungen über die Form der Rescripte. Diese sind schlechthin unanwendbar. Dagegen enthält es materielle Vorschriften, von denen noch eine Anwendung zu machen ist, theils bei den rescripta gratiae, soweit sie sich auf diese beziehen, theils bei den rescripta iustitiae, soweit ein Analogon von diesen noch vorkommt. Diese Grundsätze s. §. 14. a. des Lehrbuchs.

§. 15.

Die vornehmste Erkenntnißquelle des gesetzlichen Rechts sind die Gesetzesurkunden. Aus diesen hat der Richter dieses Recht zunächst zu entnehmen.

Auf zweierlei kommt es dabei an: 1) daß die Urkunde wirklich ein Gesetz ist, daß sie den gültigen Willen des Gesetzgebers enthält; 2) welches der Inhalt dieses Willens ist. Das erste läßt sich kurz bezeichnen: Existenz, das zweite: Sinn des Gesetzes.

Die Existenzfrage hängt ab zuerst von der Aechtheit der Urkunde, theils im Ganzen, theils in ihren einzelnen Theilen, d. h. der Eigenschaft, daß sie das Gesetz, wie es der Gesetzgeber erlassen, enthalte. Je älter ein Gesetz ist, desto leichter kann ein Zweifel darüber entstehen, aber auch bei neuen ist es nicht undenkbar (z. B. Entstellung eines Gesetzes gleich bei der ersten Publication durch Druckfehler). Diese Untersuchung heißt Kritik. Das kritische Urtheil gründet sich entweder auf Vergleichung anderer dasselbe Gesetz überliefernder Urkunden — vergleichende Kritik —, oder auf andere (äußere oder innere) Gründe — Conjecturalkritik —.

Die Existenzfrage hängt aber auch von der verfassungsmäßigen Promulgation oder Publication ab. Die Untersuchung dieses Punktes, wie die Kritik, liegt dem Richter ob, und kommt ihm zu. Denn das Recht zu erkennen und es anzuwenden ist das Amt des Richters; jene Erkenntniß setzt nothwendig die Existenz des Rechts und ihre Untersuchung voraus. Dies muß vom gesetzlichen Recht so gut gelten, wie vom Gewohnheitsrecht.

Ueber diesen Punkt ist neuerdings eine Controverse von großer Wichtigkeit entstanden, veranlaßt durch die Erfordernisse der Gesetze in den constitutionellen Monarchien.

Mehrere Juristen wollen folgende Unterscheidung aufstellen:

1) Es entsteht ein Zweifel über die gesetzmäßige Entstehung des Gesetzes. So wenn der Fürst ein Gesetz ohne Mitwirkung der Landstände erlassen hat, und es sich fragt, ob es zu denen gehöre, bei welchen die Verfassung diese Mitwirkung nicht fordert.

2) Die Gesetzmäßigkeit der Entstehung ist nicht zweifelhaft, sondern nur, ob das Gesetz gehörig publicirt sei.

Man hat behauptet, der Richter, der in den Fall komme, das angebliche Gesetz anzuwenden, könne zwar über das zweite, nicht aber über das erste Erforderniß urtheilen, er müsse vielmehr das Gesetz schlechthin anwenden, wenn es nur gehörig publicirt sei, und die Entscheidung über die Gesetzmäßigkeit habe er den Verhandlungen zwischen Landständen und Regierung zu überlassen.

Diese Theorie ist ohne innern Halt und auch politisch gefährlich, weil sie den Verfassungen einen bedeutende, ja die sicherste Garantie entzieht.

1) Es ist unbestritten, daß der Richter das Recht zu erkennen hat. Darin liegt das Urtheil über die Erfordernisse der Existenz. Der Richter kann sich nicht an die gesetzgebende Gewalt wenden, denn er soll nach dem bestehenden Recht verfahren.

2) Es ist völlig willkührlich, für jene beiden Erfordernisse in dieser Beziehung einen Unterschied zu machen. Ob die Verfassung eine landständische ist, oder nicht, kann keinen Unterschied machen. Die Richter haben in dieser keinen andern Beruf, als in absoluten Monarchien, am wenigsten kann dort ihr Beruf ein geringerer, geschmälerter sein.

3) Jene Theorie ist auch in sich selbst unlogisch. Vorausgesetzt nämlich, daß der Richter die Entscheidung den politischen Verhandlungen überlassen müßte, so wäre die wahre Folge die, daß er bis zu dieser Entscheidung das problematische Gesetz *nicht anwenden* dürfte. Jene sagen ganz grundlos, er müsse es einstweilen anwenden.

4) Man hat den Einwurf gemacht, unsre Ansicht würde jedes Gericht zu einem Staatsgerichtshof machen, der die Streitigkeiten zwischen Ständen und Regierung entscheide. Dieser Einwurf beruht auf einer Verwechselung. Der Richter, indem er ein Gesetz auf einen vor ihm anhängigen Rechtsstreit anwendet oder nicht, giebt keine allgemeine Entscheidung über seine Existenz; er entscheidet nur diesen Proceß, nicht jenen Streit

zwischen den Ständen und der Regierung. Er geht also über seine Befugnisse nicht hinaus.

Sinn des Gesetzes. Auslegung, Interpretation.

Interpretation wird von den römischen Juristen für die gesammte Thätigkeit des Juristen, gegenüber dem bestehenden Recht, gebraucht, die nicht bloß receptiv, zum Verständniß führend, sondern auch productiv, ergänzend und modificirend ist (§. 18. des Lehrb.). Wir nennen bloß jene receptive Thätigkeit Interpretation. Ja auch für das Verhältniß anderer Rechtsquellen brauchen die Römer das Wort, so für die Ergänzung eines Gesetzes durch Gewohnheitsrecht[1]), oder durch den Gesetzgeber. In diesem Sinn sagt Justinian solus interpres legum imperator. Man hat daraus eine Usualinterpretation und authentische Interpretation gemacht. Beide sind unter der Legalinterpretation begriffen. Ihr gegenüber steht die wissenschaftliche, nicht auf äußerlicher Autorität beruhende, doctrinelle Interpretation. Bloß diese ist eine Interpretation in unserm Sinn. Die legale stellt neues Recht nur auf in Beziehung auf älteres. Bei der authentischen giebt der Gesetzgeber ein neues Gesetz, nur mit der Anweisung, es so zu behandeln, wie wenn es schon in dem alten enthalten wäre[2]). Die authentische Interpretation hat daher alle Erfordernisse eines neuen Gesetzes.

Die doctrinelle Interpretation hat man eingetheilt in grammatische (den Sinn aus dem bloßen Wortverstand nachweisende), und logische (als Resultat anderer, sachlicher Gründe, z. B. des Zwecks des Gesetzes, sonstiger historischer Verhältnisse ꝛc.). Oft hat man sie als zwei selbstständige Arten betrachtet, von denen bald die eine, bald die andere angewendet werden müßte. In der That ist dies nur eine Eintheilung der Hülfsmittel. Diese können nicht getrennt, sie müssen mit einander gebraucht werden.

Die logische soll sein declarativa oder extensiva oder restrictiva, gegenüber dem Wortverstand (den Resultaten der grammatischen Interpretation). Dies ist eine Vermischung von verschiedenen Dingen.

Zwei Fälle sind möglich 1) man nennt die Interpretation

---

1) L. 37. D. de leg. (1, 3.)

2) Eine Anwendung davon s. unten bei der Anwendung neuer Gesetze §. 111.

restrictiva und extensiva, wenn von dem gewöhnlichen Wortverstand abgewichen wird. Dies ist keine Extension und Restriction, die Interpretation ist in der That nur declaratorisch. 2) Man bezeichnet so eine wirklich Modification des Gesetzes selbst. Dies ist nicht Interpretation in unserm Sinn.

Aus den Regeln für Kritik und Interpretation hat man wohl eine eigene Disciplin gemacht, die juristische Hermeneutik, gewöhnlich eine sehr äußerlich gehaltene, unfruchtbare, nicht in das Wesen der Sache eingehende, hölzerne Darstellung. Abgesehen von dem gesunden Menschenverstand muß die ganze Jurisprudenz die Hermeneutik sein.

Einzelne Punkte sollen hier hervorgehoben werden, die theils im allgemeinen, theils für die Interpretation des Corpus Juris wichtig sind.

1) Das oberste Princip der Interpretation ist: das Gesetz ist der ausgesprochene Wille des Gesetzgebers. Der Wille ist nichts ohne das Wort, das Wort ist nichts ohne den Willen. Der Sinn muß immer in den Worten liegen (wenn auch nicht in ihrer gemeinen Bedeutung), und die Worte müssen dem Willen des Gesetzgebers entsprechen, wenn das Gesetz gelten soll. Daher kann die wahre Interpretation keinen andern Sinn aufstellen, als der in den Worten liegt, es kann nur eine declaratorische Interpretation geben.

2) Zu unterscheiden sind verba dispositiva s. decisiva, die den eigentlichen gesetzlichen Ausspruch enthalten und verba enunciativa s. relativa, Aeußerungen über Motiv, Inhalt, Nützlichkeit, überhaupt alles, was nicht ein wesentlicher Theil des auszusprechenden Rechtssatzes selbst ist. Die letzteren sind nur ein Hülfsmittel zur Interpretation der ersteren. Ihre Brauchbarkeit in dieser Hinsicht hängt von dem Grad der Einsicht und Fähigkeit des Gesetzgebers ab. In den Gesetzen der spätern römischen Kaiser sind sie oft unschicklich weitläufig, und ohne wahren juristischen Gehalt, daher die richtige Interpretation eher hemmend, als fördernd. Ein Punkt ist auch so nicht unwichtig bei der justinianischen Gesetzgebung, nämlich die Existenz oder Nichtexistenz von solchen Auseinandersetzungen über den Nutzen ꝛc. des Gesetzes. Ihr Mangel deutet hier nämlich an, daß der Gesetzgeber nichts neues beabsichtigte.

3) Wenn ein Gesetz den Fall seiner Anwendung ausdrücklich

bestimmt, so liegt darin stillschweigend die Ausschließung anderer Fälle. Diese Interpretation heißt argumentum a contrario z. B. L. 22. D. de leg. cum lex in praeteritum quid indulget, in futurum vetat. Oder: Soldatentestamente, die während eines Gefechts gemacht werden, bedürfen keiner Solemnitäten. Dahin gehört auch die Regel: exceptio firmat regulam in casibus non exceptis. — Die Anwendung jenes Arguments setzt voraus a) daß der Sprechende richtig gedacht habe, und des richtigen Ausdrucks mächtig gewesen sei. Bei ungeschickten Sprechern dürfen wir es nicht immer anwenden, und solche sind zuweilen auch die Gesetzverfasser. b) Daß der Fall auch wirklich den Charakter einer dispositiven Voraussetzung habe, nicht bloß historische Erwähnung sei, z. B. Titius, Soldat, hat eine letztwillige Disposition während der Schlacht bei N. in seine Brieftasche geschrieben, dies Testament ist gültig. Hier gilt der entgegengesetzte Grundsatz: unius positio non est alterius exclusio.

4) Ein großer Theil von dem Inhalt des justinianischen Codex besteht aus Rescripten, also Anwendungen von Rechtssätzen auf gegebene Fälle. Die richtige Bestimmung des darin enthaltenen Rechtssatzes hängt sehr häufig von der Ermittelung der Beschaffenheiten des Falls ab, den sie zunächst im Auge haben, indem sich dadurch die richtige weitere Anwendung des Rechtssatzes feststellt. Dies hat zuweilen Schwierigkeiten a) weil die Compilatoren sie allzusehr beschnitten, und die Entscheidung aus ihrem Zusammenhang gerissen haben, b) weil umgekehrt der Fall mit irrelevanten Nebenumständen erzählt ist, die auf die Entscheidung keinen Einfluß haben. Daher ist namentlich das argumentum a contrario bei Rescripten nur mit großer Vorsicht anzuwenden.

5) Unsere Juristen pflegen die Regel zu geben, correctorische, d. h. das bisherige Recht abändernde Gesetze seien strict zu interpretiren, d. h. so, daß die Abänderung möglichst gering angenommen werde. Dies ist einer der schlechtesten Grundsätze, die man für die Interpretation aufgestellt hat. Als ein allgemeiner führt er zu entschieden unrichtigen Interpretationen. Man kommt durch seine Anwendung dahin, beabsichtigte Reformen zu schwächen, und in das Schlimmste, was einem Gesetzgeber begegnen kann, in halbe Maßregeln zu verwandeln. Man muß jedem Gesetz sein Recht widerfahren lassen, mag es correctorisch sein oder nicht. Nicht zu weit zu gehen, davor muß der gesunde

juristische Tact und Verstand bewahren, solche äußerliche Regeln werden nur den Schwachköpfen dienen, um sie des eigenen Denkens zu überheben, diese sollen aber besser gar nicht interpretiren.

6) In den Digesten und Codex finden sich Excerpte aus den ältern Rechtsquellen, die in ihrem ursprünglichen Zusammenhang einen andern Sinn hatten, als sie ihn als Bestandtheile des Corpus Juris haben sollen, indem sie sich auf antiquirtes Recht bezogen. Der ursprüngliche Sinn hat nur historisches Interesse, der justinianische ist der unmittelbar praktische, aber um diesen richtig zu bestimmen, kann der erstere ein unentbehrliches Hülfsmittel sein, dadurch also auch die historische Interpretation ein mittelbares praktisches Interesse haben.

Recht der Wissenschaft.

§. 16.

Das auf der äußeren Autorität der unmittelbaren Volksüberzeugung und der Gesetzgebung beruhende Recht ist stets auch bei dem größten Umfang unzureichend, gegenüber der unendlichen Mannigfaltigkeit der Fälle, die dem Richter zur Entscheidung vorkommen. Es bedarf einer Ergänzung, theils weil nicht alle Rechtssätze darin ausgesprochen sein können, theils weil mit dem größeren Umfang z. B. der Gesetze sich auch die Zweifel über den Sinn mancher Aussprüche vermehren und die Möglichkeit der Widersprüche sich vergrößert. So bringt selbst die Ausdehnung des geschriebenen Rechts eine Unzulänglichkeit desselben mit sich. Diese Ergänzung kann der Richter nicht von dem Gesetzgeber erholen, denn er soll nach den bestehenden, nicht nach erst zu gebenden Gesetzen urtheilen.

Jenes bestehende Recht enthält aber selbst den Keim seiner Ergänzung in sich, durch die Principien, auf denen es beruht, und durch seine vernünftige Natur, die von einem Satz einen Schluß auf einen andern daraus mit innerer Nothwendigkeit folgenden zuläßt.

Diese Ergänzung aber zur Wirklichkeit und zum Bewußtsein zu bringen, ist die Aufgabe der Wissenschaft, die jene Principien des bestehenden Rechts ermittelt, und aus diesen neue ergänzende Rechtssätze folgert.

So ist die Wissenschaft nicht bloß eine receptive Thätigkeit (Interpretation der Gesetze und des Gewohnheitsrechts), sondern auch eine productive. Sie ist selbst eine Rechtsquelle, neben das Gewohnheitsrecht und das gesetzliche Recht tritt ein Recht der Wissenschaft.

Dieses Recht hat einen von jenen verschiedenen Charakter. Es beruht nämlich nicht wie jene auf äußerer Autorität, sondern auf innerer, 1) auf der Vernunftmäßigkeit des bestehenden Rechts, 2) auf der Wahrheit der daraus abgeleiteten Principien, und 3) auf der Richtigkeit der Folgerungen, die aus diesen Principien gemacht werden.

Es wird daher auch nur aus innern Gründen erkannt: Feststellung der Principien, Consequenz aus dieser, und Analogie gleicher Consequenzen, die in dem bestehenden Gewohnheitsrecht und gesetzlichen Recht aus denselben Principien für andere Fälle wirklich schon gemacht sind.

Dieses Recht der Wissenschaft kommt zur Erscheinung in den Juristen und ihrer theoretischen und praktischen Thätigkeit, in der Literatur und den Gerichten. Von dieser Erscheinung habe ich ihm außer jenem Namen auch den des Juristenrechts gegeben. Aber man muß eine doppelte Art des Juristenrechts unterscheiden, was die, welche den Namen adoptirt haben, nicht immer gebührend gethan haben.

Die Juristen in ihrer literarischen und praktischen Thätigkeit haben eine doppelte Function:

1) sie sind als die rechtskundigen Glieder der Nation die natürlichen Repräsentanten und Depositarien des nationellen Rechtsbewußtseins — vorausgesetzt, daß sie sich nicht durch willkührliche Theorien oder Hirngespinste und Neuerungsjagden, oder auf der andern Seite durch beschränktes Festhalten an antiquirten Vorstellungen, denen die Nation schon entwachsen ist, dieser Eigenschaft berauben. Hier handelt es sich nicht um Ueberzeugungen, die rein auf wissenschaftlichem Wege überkommen sind, und auf wissenschaftliche Operationen sich gründen, sondern um solche, die ihnen als Gliedern dieses Volks innewohnen. Es sind Volksüberzeugungen, die sich in den Juristen concentriren, und in ihrer Thätigkeit aussprechen. Dieses Juristenrecht (in den Juristen sich manifestirende Recht) ist Gewohnheitsrecht, so gut als das in der Thätigkeit aller Volksglieder sich manifestirende.

Es manifestirt sich in der literarischen Thätigkeit, als gemeine Meinung, communis opinio doctorum, und in der praktischen, usus fori, Praxis. Die Autorität dieser Manifestationen ist hier also die der consuetudo, es soll daraus auf eine in den Juristen sich darstellende gemeinsame Volksüberzeugung geschlossen werden. Diese Art des Juristenrechts gehört nicht hierher, sondern zum Gewohnheitsrecht, wo es denn auch schon erwähnt worden ist.

2) Die Juristen sind Träger der wissenschaftlichen Wahrheiten, sie stellen die Rechtssätze dar, und wenden sie an, die rein auf innern Gründen beruhen, und die auch nur durch ihre wissenschaftliche Wahrheit eine Autorität haben. Das Juristenrecht ist hier Recht der Wissenschaft. Hier hat die gemeine Meinung und die Praxis eine ganz andere Bedeutung als dort. Eine gewisse Autorität besitzen sie auch hier, aber sie bezeugen hier nicht einen auf äußerer Autorität beruhenden Rechtssatz, sondern sie bezeugen hier nur eine wissenschaftliche Wahrheit, ein Zeugniß, das natürlich immer ein unvollkommenes ist. Die Sache ist diese: Es entsteht eine Vermuthung für die Wahrheit einer Ansicht, wenn sie von den bewährtesten Rechtsgelehrten übereinstimmend vorgetragen wird (communis opinio), und wenn sie sich auch in der Anwendung constant geltend gemacht hat (usus fori), und ein gewissenhafter Richter wird im Zweifel dabei stehen bleiben. Aber diese Vermuthung muß der Wahrheit weichen; sowie ein Richter sich von ihrer Unrichtigkeit fest überzeugt hat, würde er pflichtwidrig handeln, wollte er sie noch ferner anwenden, und hätte man sie Jahrhunderte lang für wahr gehalten, und seit Menschengedenken in den Gerichten befolgt.

Es ist von der größten Wichtigkeit, diese beiden Arten des Juristenrechts zu unterscheiden. Wenn von einer Praxis die Rede ist, muß stets gefragt werden: ist es die Praxis eines Gewohnheitsrechts, oder die Praxis eines wissenschaftlich producirten Satzes? Woran unterscheiden wir sie?

Es giebt viele Rechtssätze, die einer innern Begründung nicht fähig sind, die den freien und willkührlichen Bestimmungen anheimfallen. So ganze Rechtsinstitute in Beziehung auf die Frage, ob sie existiren: Testamente, Verjährung 2c., sodann einzelne Sätze derselben, z. B. Siegelung der Testamente, Unterschrift der Zeugen, Länge der Verjährungszeit 2c., während an-

dere, allerdings mit Nothwendigkeit aus dem gegebenen Begriff des Rechtsinstitutes folgen.

Ein solcher freier Rechtssatz kann nie Recht der Wissenschaft sein, er ist entweder gesetzliches oder Gewohnheitsrecht. Die Praxis eines solchen Satzes führt daher immer auf ein Gewohnheitsrecht zurück, das ihr zu Grunde liegt; sie enthält ein Juristenrecht, das auf der äußern Autorität der unmittelbaren Volksüberzeugung beruht.

Anders bei den Sätzen, die einer wissenschaftlichen Gründung fähig sind, und welche die Juristen wissenschaftlich deducirt haben, ohne daß sie durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht unmittelbar ausgesprochen sind. Was aus einer wissenschaftlichen Operation stammt, unterliegt der Bedingung seiner Wahrheit. Die Praxis enthält hier ein Juristenrecht, das bloß auf innerer Autorität beruht.

Zum Schlusse sind noch einige Irrthümer zu erwähnen, die vorgekommen sind, und vor denen man sich zu hüten hat.

Im Mittelalter wurde der communis opinio doctorum eine äußere Autorität beigelegt. Gegen diese das Fortschreiten der Wissenschaft lähmende Meinung erhob sich mit dem Beleben der Wissenschaft eine ernste Polemik, welche diesen Mißbrauch glücklich beseitigte.

Aber dieser Irrthum wurde nur durch einen andern abgelöst, der dem usus fori eine solche äußerliche Autorität gab. Man behauptete (und diese Meinung ist theilweise noch jetzt in Uebung), wenn ein Gericht einer Ansicht gemäß öfter gesprochen habe, so dürfe es in Zukunft nicht davon abweichen, Autorität der Präjudicien.

Das Wahre daran ist, daß diese Präjudicien Zeugen eines wirklichen Gewohnheitsrechts sein können, aber dies wird in der Regel nicht der Fall sein. Ferner daß, wenn es sich um deducirte Rechtssätze handelt, die Richter nicht von jedem Wind der Lehre sich bewegen lassen und so die Justiz variabel machen dürfen; der Irrthum muß ganz entschieden sein, um die Gleichförmigkeit der Rechtssprüche zu unterbrechen. Beobachtet man dies, so wird eine Veränderung gewiß nicht so oft eintreten, daß sie die Justiz unsicher macht.

Aber ein Festhalten an dem Irrthum, bloß weil er hergebracht ist, muß der Gerichte wie jedes Menschen unwürdig sein;

es ist nur eine Waffe der hinter der Zeit zurückgebliebenen Mitglieder der Collegien gegen die weiterstrebenden jüngeren Glieder, die dann vielleicht die Opposition über das rechte Maaß der Neuerungen hinaustreibt. Es ist immer so, die Ultra's nach der einen Seite bringen Ultra's nach der andern Seite hervor. Und wenn auf diesem Wege ein ewiger Conflict und Unsicherheit entsteht, so beklage man sich nicht über die Theorie, sondern über den eigenen Eigensinn, der allein zu diesem Resultat geführt hat.

Manche sind so weit gegangen, eine bindende Autorität den Präjudizien der Obergerichte für die Untergerichte zuzuschreiben. Dies ist noch überdies ein der Selbstständigkeit jedes Gerichts in seinem Beruf widerstreitender Satz, durch den die Mehrheit der Instanzen theilweise illusorisch gemacht wird.

Zweites Kapitel.

Verhältniß der Rechtsvorschriften zu einander.

Aufhebung von Rechtssätzen.

§. 17.

Das Recht ist der Veränderung unterworfen. Rechtssätze entstehen und vergehen, sie können durch andere modificirt oder ganz aufgehoben werden. Die s. g. clausula derogatoria sichert kein Gesetz, es ist mit dieser Clausel wie ohne sie der Aufhebung unterworfen.

Entstehung und Aufhebung lassen sich im Grunde gar nicht trennen. Jede Aufhebung ist Hervorbringung eines neuen Rechts, denn schon das ist neues, daß das frühere nicht mehr gilt.

Daraus folgt ein wichtiges Princip.

1) Die Kraft der Aufhebung kann nur einer Rechtsquelle zukommen. Etwas Anderes ist Ausschließung der Anwendung, wenn der Rechtssatz von dieser Beschaffenheit ist (§. 110.); dies kann möglicherweise schon durch Privatwillen geschehen.

Ein Rechtssatz kann durch sich selbst aufgehoben werden: wenn die ausdrücklichen oder stillschweigenden Voraussetzungen seiner Gültigkeit wegfallen, z. B. also, wenn er sich wesentlich

auf einen andern bezieht, ohne den er keinen Sinn hat, mit dessen Aufhebung er daher wegfällt. So hängen die Strafen ungegründeter Scheidung mit der Möglichkeit der Privatscheidung, das ius poenale bei Innominatcontracten mit dem römischen Contractsystem zusammen.

Bei der Aufhebung durch einen Rechtssatz kommt insonderheit jene Regel und die folgende zur Sprache.

2) Die aufhebende Rechtsquelle muß einen Rechtssatz desselben Umfangs hervorzubringen die Kraft haben, wie der aufzuhebende ist. Daher kann zwar particuläres Recht durch gemeines aufgehoben werden, aber nicht umgekehrt. Ein doppelter Fall ist möglich: a) das gemeine Recht läßt eine particuläre Abweichung zu (dies ist die Regel); hier besteht das entstehende particuläre Recht, aber darin liegt nicht eine Aufhebung jenes, sondern nur eine Ausschließung seiner Anwendung. b) Das gemeine Recht verbietet eine particuläre Abweichung, z. B. es enthält eine allgemeine Zinsbeschränkung, oder ein allgemeines Verbot, in den Städten zu begraben. Hier ist, so lange jenes gemeine Recht besteht, kein particuläres Recht möglich, weil dasselbe (theilweise) eine nicht zulässige Aufhebung des gemeinen sein würde.

3) Der Rechtssatz muß auch die Bestimmung haben, den andern aufzuheben. Unzweifelhaft ist dies, wenn eine ausdrückliche Bestimmung vorliegt, oder wenn das Nebeneinanderbestehen schlechthin unmöglich ist. Zuweilen aber ist es zweifelhaft, und dann ist die Entscheidung Sache der Interpretation. Beispiele sind folgende: Gemeines Recht kann particuläres aufheben, im Zweifel nicht. Ebenso verhält es sich mit dem generellen Rechte in seiner Beziehung zu dem speciellen. Die Intention kann möglich sein, nur die Regel aufzuheben, nicht die Ausnahmen, diese vielmehr von der neuen Regel fortgelten zu lassen, z. B. Zinsfuß.

4) Der aufhebende Rechtssatz muß der jüngere sein: ius posterius derogat priori. Dies ist der Grund, warum die clausula derogatoria inept ist.

Modification von Rechtssätzen.

§. 18.

Es ist möglich, daß zwei Rechtssätze, ohne schlechterdings einander auszuschließen, doch nicht in ihrer vollen Bedeutung

neben einander bestehen können. Neben der Aufhebung giebt es auch eine Modification von Rechtssätzen.

Dieses Verhältniß findet sich sehr häufig im Corpus Juris, weil dasselbe eine Sammlung von ursprünglich in einem andern Zusammenhang oder auch einzeln stehenden Stellen und Gesetzen ist. Häufig wird hier durch eine Stelle, wenn sie auch den Schein einer vollständigen Darstellung des Rechts über einen gewissen Punkt hat, das Verhältniß doch nicht vollkommen bestimmt, sondern diese Bestimmung wird durch eine andere Stelle ergänzt, die entweder eine Ausnahme hinzufügt, oder sonst die Allgemeinheit der ersten einschränkt, oder endlich auch eine Erweiterung des Rechtssatzes auf andere, nach seiner ersten Fassung nicht darunter begriffene Fälle enthält [1]). Aber nicht bloß in einem Gesetzbuch, auch unter einzelnen Gesetzen kann sich dieses Verhältniß finden, und nicht bloß unter Gesetzen, sondern auch zwischen diesen und dem Gewohnheitsrecht ist es möglich.

Eine solche Modification kann endlich nicht bloß durch Gewohnheitsrecht und gesetzliche Rechtssätze, sondern auch durch das Recht der Wissenschaft geschehen, während eine eigentliche Aufhebung durch diese Rechtsquelle der Natur der Sache nach nicht vorkommen kann.

Also aus innern Gründen kann sich die Nothwendigkeit von Modification eines Gewohnheitsrechts oder Gesetzes, und zwar entweder einer Erweiterung durch Herbeiziehung anderer Fälle, oder einer Beschränkung ergeben [2]).

Etwas Anderes ist die Nachweisung, daß der Rechtssatz diesen weitern oder engern Sinn habe, wobei der Rechtssatz unverändert gelassen, und nur ein falscher Schein eines engern oder weitern Sinns durch richtige Interpretation entfernt wird. Hier ist von einer Erweiterung oder Beschränkung des Rechtssatzes selbst die Rede.

---

1) Ein auffallendes Beispiel geben die Stellen: L. 85. §. 1. D. de R. J. (50, 17): Non est novum, ut quae semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus exstiterit, a quo initium capere non potuerunt. L. 3. §. 2. D. de his qu. pro non scr. (34, 8): — quae in eam causam pervenerunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur. L. 98. pr. D. de V. O. (45,1): — et maxime secundum illorum opinionem, qui etiam ea, quae recte constiterunt, resolvi putant, cum in eum casum reciderunt, a quo non potuissent consistere. — Darauf gründet sich die Nothwendigkeit der Vergleichung der Parallelstellen.

2) Beispiele: L. 2. §. 29. D. ad S. C. tertull. (38, 17.) L. 8. §. 6. D. de transact. (2, 15.)

Wann sind wir zu einer solchen Modification berechtigt?

Es ist schon gesagt, eine innere Nothwendigkeit muß dafür sprechen. Es muß nachgewiesen werden, daß ohne diese Modification der Rechtssatz kein vernünftiges Resultat giebt, bei der Erweiterung: daß die Ausschließung der herbeizuziehenden Fälle seine Anwendung auf die im Gesetz ausgedrückten plan- und gedankenlos machen, bei der Beschränkung: daß durch die Anwendung auf die auszuschließenden Fälle der Rechtssatz seine Bedeutung und Begründung verlieren würde.

Widersprüche.

§. 19.

Die bisher über Aufhebung und Modification vorgetragenen Grundsätze kommen zur Anwendung bei Collision von Rechtssätzen. Collision ist dasjenige Verhältniß zwischen zwei Rechtssätzen, von denen einer neben dem andern entweder gar nicht, oder wenigstens nicht seinem ganzen Umfang nach bestehen kann.

Nun kann aber die Anwendung dieser Grundsätze gehindert sein dadurch, daß sich nicht bestimmen läßt, welchem von beiden Rechtssätzen die aufhebende oder modificirende Kraft zukommt. Dies ist der Begriff des Widerspruchs, der Antinomie. Solche Widersprüche kommen im Corpus Juris, aber auch in neuern Gesetzbüchern und Rechtskörpern vor. Wie haben wir uns dabei zu verhalten? Die hier zu gebenden Regeln sollen zunächst auf das Corpus Juris angewendet werden, woraus sich dann auch ihre sonstige Anwendung von selbst ergeben wird.

1) Wenn wir uns die collidirenden Gesetze als einzelne denken, so ist der Begriff des Widerspruchs nicht anwendbar. Das spätere Gesetz hebt das mit ihm collidirende frühere ganz oder theilweise auf. In diesem Falle ist ein Widerspruch nicht vorhanden, da dieser immer etwas Gegenseitiges ist. Hier existiren die beiden Gesetze gar nicht gleichzeitig, z. B. zwei Novellen. Ebenso verhält es sich bei der Collision eines einzelnen Gesetzes und eines Gesetzbuches, z. B. einer Novelle mit dem Codex, den Digesten oder Institutionen.

Ein Irrthum wäre es dagegen, denselben Grundsatz auf einzelne Stellen des Gesetzbuchs, z. B. zwei Codexstellen, zwei Pandektenstellen anzuwenden, wie Manche gethan haben, so daß

die ältere Constitution der neueren, der frühere Jurist dem späteren weichen müßte. Hier ist vielmehr umgekehrt die Collision wirklich ein Widerspruch, die Stellen sind als Theile des Gesetzbuches gleichzeitig. Justinian hat ausdrücklich verordnet, daß sie, obwohl von verschiedenen Urhebern aus verschiedenen Zeiten herrührend, dennoch in jeder Hinsicht so beurtheilt werden sollen, als wenn sie von ihm selbst herrührten.

Mehr Schein hat es auf den ersten Anblick, eine Collision zwischen Digesten und Coder, Digesten und Institutionen, Coder und Institutionen wie die Collision einzelner Gesetze zu behandeln, da eine Collision von verschiedenen Gesetzbüchern ebenso möglich ist wie die Collision verschiedener einzelner Gesetze. Dies ist auch die Meinung vieler Juristen gewesen, welche den Coder den Digesten und Institutionen vorgehen ließen, und zuweilen auch einen Vorzug der Institutionen vor den Digesten behaupteten. Das letztere ist schon deshalb ein Fehler, weil beide Gesetzbücher von demselben Tage an Gesetzeskraft erlangt haben und der Umstand, daß die Institutionen in der Form selbstständiger erscheinen, nach den angeführten Bestimmungen Justinian's keinen Einfluß haben kann. Jene Meinung ist aber überhaupt ein Irrthum, eine falsche Vorstellung von dem Charakter der justinianischen Legislation. Das Wahre ist: Coder, Digesten und Institutionen sind als ein Gesetzbuch in verschiedenen Theilen zu betrachten. Von Digesten und Coder enthält jedes ein wesentliches Element des geltenden Rechts, jedes soll das andere ergänzen, jedes setzt das andere voraus. Die Institutionen sind nur ein Auszug zum Behuf des Unterrichts. Es ist nur zufällig, daß sie nicht gleichzeitig publicirt sind, in der Absicht des Gesetzgebers sollen sie so gelten, keines hat einen gegen die anderen selbstständigen Gehalt. Mithin ist eine Collision unter ihnen ganz ebenso ein Widerspruch, wie die Collision zweier Coderstellen rc., und der Grundsatz vom Alter findet keine Anwendung.

2) Die Widersprüche, also die Collisionen zwischen gleichzeitigen oder für gleichzeitig geltenden Rechtssätzen sind nur scheinbare, wenn eine Vermittelung durch Interpretation möglich ist, wenn eine richtige Auslegung einen Sinn giebt, wonach beide Stellen einander nicht ausschließen. Dies ist der Fall, wenn es sich ergiebt, daß sie von verschiedenen Dingen handeln (z. B. die **L. 2. C. quae sit longa consuet.** und die **L. 32. D. de legib.**),

oder daß und wiefern die eine die andere zu modificiren bestimmt ist, oder daß die eine nur historisch gemeint ist, während die andere das geltende Recht geben soll (s. z. B. §. 425 des Lehrb. a. E.).

Die meisten angeblichen Widersprüche im Corpus Juris sind nur scheinbare, die nur einer mangelhaften Interpretation als Widersprüche vorgekommen sind.

3) Ein wirklicher Widerspruch ist der, welcher durch Interpretation sich nicht entfernen läßt. Die Folge ist nothwendig diese: da beide Stellen gleichen Anspruch auf Geltung, gleiche Kraft besitzen, so machen sie sich gegenseitig unwirksam, jede hebt die andere auf. Es muß daher eine Rechtsquelle eintreten, um die Frage zu entscheiden, die im geschriebenen Recht, da widersprechend, nicht entschieden ist.

Löhr[1]) hat geglaubt, eine solche Rechtsquelle sei die Gesetzgebung; der Richter habe sich an den Gesetzgeber zu wenden. Dies hätte Justinian allenfalls bei der damaligen Cabinetsjustiz vorschreiben können, und etwas dergleichen hat er wirklich, nämlich in Beziehung auf alle Dunkelheiten[2]) befohlen. Heutzutage würde aber die Anrufung des Gesetzgebers ganz unstatthaft sein; der Richter hat sich nicht erst Gesetze für einen anhängigen Fall geben zu lassen. (Jene Verordnung Justinian's ist auch im preußischen Landrecht nachgeahmt, kurze Zeit nach der Publication aber wieder aufgehoben worden. Daß man sich so bald auf die Wahrheit besonnen hat, wurde allerdings insonderheit durch die praktische Unausführbarkeit begünstigt. Der Unzahl von Anfragen hätte kein Ministerium genügen können.)

Löhr ist denn auch zu jener Aushülfe nur durch eine Art von Verzweiflung bewogen worden, weil man damals sich keiner andern hier anwendbaren Rechtsquelle, als der Gesetzgebung, bewußt war. Aber diese Extremität existirt gar nicht, es giebt eine Rechtsquelle, deren eigenster Beruf die Ergänzung des geschriebenen Rechts ist.

Das Resultat ist: im Fall eines Widerspruchs ist der Fall so zu entscheiden, wie wenn er im Gesetz gar nicht entschieden wäre, also aus innern Gründen, nach dem Recht der Wissenschaft.

---

1) Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung. III. 7.
2) L. 2. §. 25. C. de vet. iure enucl.

Drittes Kapitel.

Verhältniß der Rechtsvorschriften zu nichtjuristischen Principien.

Sittlichkeit und Religion.

§. 20.

Die menschlichen Handlungen werden nicht blos durch rechtliche, sondern auch durch sittliche und religiöse Vorschriften geregelt. Eine Handlung kann unsittlich und irreligiös sein, ohne darum auch einen widerrechtlichen Charakter zu haben.

Hier sind zwei Abwege zu vermeiden. Ein Recht, welches unsittliche Handlungen schlechthin wie rechtswidrige behandelt, würde seinen eigenen Charakter, seine Selbstständigkeit aufgeben, es würde als ein besonderes Princip nicht mehr bestehen, und auf der andern Seite nicht einmal der Sittlichkeit und Religion nützen, indem es durch seinen äußern Zwang die Freiheit der Gesinnung untergrübe.

Dagegen würde ein Recht, das sich gegen die Gebote der Sittlichkeit und Religion vollkommen gleichgültig verhielte, und sich isolirte, ein todtes, für das wirkliche Leben unbrauchbares, unvernünftiges Abstractum werden.

Die Principien, die sich im allgemeinen über dieses Verhältniß geben lassen, und die sich im Einzelnen bestätigt finden werden, sind folgende:

1) Es giebt Verhältnisse ursprünglich rein sittlicher Natur, die zu Rechtsverhältnissen geworden sind, z. B. Ehe, Verhältniß zwischen Eltern und Kindern. Die rechtliche Gestaltung hat nicht den Beruf, alle sittlichen Pflichten zu rechtlichen zu machen, aber sie muß von der Beschaffenheit sein, daß sie kein Hinderniß des sittlichen Verhaltens wird, sie darf keine Verletzung der sittlichen Gebote unter dem Schein des Rechts zulassen.

2) Wo das Recht die Sittlichkeit und Religion zu seiner Hülfe herbeizieht, z. B. die Pflicht der Wahrheit bei dem Beweis, da muß Unsittlichkeit auch die rechtliche Stellung beeinträchtigen, z. B. die Fähigkeit zum Zeugniß, zu Aemtern rc. Dahin gehört auch der Fall, wenn Verträge auf das Vertrauen in die gegenseitige Ehrlichkeit und Moralität gestellt sind.

3) Die Würde des Rechts fordert, daß es seinen Schutz versage, wenn er entschieden zu einer Unsittlichkeit in der Art mißbraucht werden sollte, daß das Recht als Beförderer der Unsittlichkeit erscheinen würde, z. B. Verpflichtung zu unsittlichen Handlungen, oder zu einer Leistung unter der Bedingung der Unterlassung. Das Recht kann die Unsittlichkeit nicht verhüten, aber es darf ihr nicht die unterstützende Hand bieten.

Wohlfahrt.

§. 21.

Jedes Recht, auch das vollkommen ausgebildete, kann mit dem individuellen menschlichen Wohl in Conflict kommen. Diese Möglichkeit schreibt sich her aus der Natur des Rechts.

Der eigentliche Charakter des Rechts besteht in der Hervorhebung der Gleichheit, des allen Menschen gleichmäßig Zukommenden, gegenüber den individuellen Ungleichheiten. Das individuelle Wohl hängt mit den individuellen Ungleichheiten der Menschen aufs engste zusammen. Wenn daher z. B. das Recht den Schuldner verurtheilt, seinem Gläubiger zu zahlen, welche Lebensstellung diese Personen sonst auch haben, so ergiebt sich leicht, wie hart dies vom Standpunkt des individuellen Rechts aus erscheinen kann. So verurtheilt es vielleicht den dürftigen, arbeitsamen Familienvater, gegenüber dem reichen Einzelstehenden, Müßigen, sich und der Gesellschaft Unnützen, während es dem Wohl beider vielleicht zuträglich wäre, dem letzteren zum Besten des erstern etwas von seinem Ueberfluß zu entziehen.

Das individuelle Wohl schlechthin zum Gesetz für das Recht zu machen, würde eine Zerstörung des Rechts selbst sein. Auf der andern Seite ist aber eben so gewiß: das Recht muß von der Beschaffenheit sein, daß das individuelle Wohl dabei bestehen kann, insoweit als ohne individuelle auch keine allgemeine Wohlfahrt existiren würde. Ein Recht, welches sich diesen Ansprüchen der individuellen Wohlfahrt, soweit die allgemeine dabei betheiligt ist, fügt und öffnet, nennen wir billiges Recht. Billigkeit ist eben die Berücksichtigung der Individualität in den Personen und Verhältnissen.

Daraus ergiebt sich, daß unter dem Vorwand der Billigkeit leicht das Recht umgestoßen werden könnte, wenn nicht jene

Schranke, die Betheiligung des gemeinen Rechts, beobachtet wird. Es hat Juristen gegeben, die in einer willkührlichen aequitas cerebrina sehr weit gingen, z. B. Leyser, dies ist durchaus zu verwerfen[1]).

Es kommt ein doppelter Weg vor, wie das Recht die Ansprüche der Billigkeit zu befriedigen strebt, ein vollkommenerer und unvollkommenerer.

1) Die Rechtsverhältnisse selbst, in denen sich eine Berücksichtigung der Individualitäten aufdringt, werden so gestaltet, daß sie der Billigkeit entsprechen. Dahin gehört der Einfluß der persönlichen Ungleichheit bei der Handlungsfähigkeit, die Vormundschaft, die Erfordernisse der Verjährung, der Usucapion, wodurch ein unbilliger Erfolg für den Aufmerksamen abgewendet wird, der Schutz gegen Dolus in Contracten und unzähliges andere. Hier durchdringt also Billigkeit das Recht selbst.

2) Zuweilen aber nimmt das billige Recht den Charakter einer Ausnahme von der rechtlichen Consequenz, dem regelmäßigen Recht an, es wird auf eine mehr äußerliche Weise dem Bedürfniß abgeholfen.

Dies soll hier durch Beispiele erläutert werden. Es giebt Personen, die durch ihre natürliche Unerfahrenheit oder Leichtgesinntheit im Verkehr leicht zu Schaden kommen können. Das Recht kann sich mit seinem Princip der Gleichheit darüber nicht wegsetzen. Der erste Weg wäre, diese Menschen für unvollkommene Personen zu erklären, und sie einer Vormundschaft zu unterwerfen. Der zweite, sie als vollkommene Personen wie andere zu fassen, aber ihnen durch ein ganz besonders außerordentliches Mittel gegen Nachtheile zu Hülfe zu kommen (in integrum restitutio, S. C. Velleianum).

Ein solches Ausnahmsrecht heißt ius singulare, privilegium (in diesem Sinn), Rechtswohlthat. Diesem gegenüber steht das regelmäßige Recht, ius commune. Das letztere ist also nicht bloß das strenge Recht, strictum ius, sondern auch das billige Recht, wenn es nur die Billigkeit nicht als bloße Ausnahme neben sich stehen läßt, sondern sie in sich aufnimmt. So ist es ius commune, daß ein Minderjähriger nicht ohne Consens seines Curators ver-

---

1) Dagegen auch: C. G. O. Th. I.. Tit. 13. nicht nach „eines jeden erwogenen Billigkeit oder eigenem fürgenommenen und nicht denen Rechten gemäßen Gewissen".

pflichtet wird, daß er gegen Betrug geschützt wird; aber daß er gegen ein nachtheiliges Geschäft in integrum restituirt wird, ist ein Ausnahmerecht, eine Singularität.

In Beziehung auf die juristische Behandlung eines singulären Rechts ist es eine sehr gewöhnliche Meinung, man müsse es stricte interpretiren. Hierin liegt jedoch eine Verwechslung unserer Interpretation und der interpretatio im Sinne des römischen Rechts (s. oben). Wenn es sich um den Sinn eines solchen Rechtssatzes handelt, so giebt es für dessen Ermittlung im Allgemeinen keine andern Grundsätze, als für das ius commune. Das beneficium mißgünstig zu schmälern, sind wir nirgends bevollmächtigt. Aber das ius singulare ist contra rationem iuris eingeführt, und beruht daher lediglich auf äußerer Autorität, nicht auf dem Recht der Wissenschaft[2]). Daher kann es auch nicht durch Anwendung innerer Gründe auf andere Fälle ausgedehnt werden, auch wenn dieselben darauf eben so dringenden Anspruch zu haben scheinen[3]). Das Recht der Wissenschaft beruht auf der ratio iuris, hat hier also keinen Platz.

Zweites Buch.
Von den Rechtsverhältnissen.

Erstes Kapitel.
Die Personen.

Begriff der Person.

§. 22.

Zuerst eine allgemeine Betrachtung über den Inhalt dieses zweiten Buchs und sein Verhältniß zum ersten Buch. Die Rechtsvorschriften bilden das Recht als gemeinsamen Willen des Volks und Staats. Ihren Gegenstand und Inhalt bilden die Be-

2) L. 16. D. de legib. (1, 3.)
3) L. 14. D. h. t., L. 162. D. de R. J. (50, 17.)

ziehungen und Verhältnisse der Menschen, die ein Ausfluß der rechtlichen Freiheit sind: die Rechtsverhältnisse. Das Allgemeine davon in diesem Buch.

Vier Punkte kommen bei den Rechtsverhältnissen in Betracht: die Subjecte, der Inhalt, die Entstehungen und Veränderung, der Schutz. — Hiermit ist der Inhalt der vier Kapitel dieses zweiten Buchs gegeben.

Wir beginnen mit den Subjecten.

Subjecte von Rechtsverhältnissen sind die Menschen als rechtlich freie. Die rechtliche Freiheit aber ist die, welche dem Menschen als reinem Willenssubject zukommt, sie ist die reine Macht (Wille in der Potenz), die Möglichkeit, einen Gegenstand auf sich zu beziehen, sich zu unterwerfen.

Darin liegt eine Abstraction von den unendlichen natürlichen Verschiedenheiten und individuellen Gestaltungen des menschlichen Wesens. Diese Abstraction soll bezeichnet werden mit dem Wort Person, mit dem die rechtliche Stellung des Menschen genannt wird. „Der Mensch ist Person" heißt: er ist Subject von Rechtsverhältnissen. Persönlichkeit ist die Eigenschaft, ein solches Subject zu sein, die Möglichkeit eines rechtlichen Willens, einer rechtlichen Macht, Rechtsfähigkeit.

Das Recht, indem es diese gleichmäßige Seite des Menschen zum Gesetz macht, findet sich gegenüber das individuelle Dasein des Menschen und seine unendlichen Verschiedenheiten. Diese Verschiedenheiten der Kraft, des Alters, der Geistesgaben, der natürlichen Abhängigkeit wirken auf das Recht zurück und lassen die Gleichheit der Personen nicht zu absoluter Reinheit kommen.

Der Einfluß der natürlichen Unterschiede ist ein doppelter:

1) Das Recht nimmt sie zum Theil so in sich auf, daß es sie zu Grundlagen einer Verschiedenheit der Personen macht, indem es z. B. den, der seiner natürlichen Lage nach abhängig und unselbstständig ist, in eine rechtliche Abhängigkeit bringt, und seine Rechtsfähigkeit vermindert. Dadurch entstehen Grade der Rechtsfähigkeit, vollkommenere, unvollkommenere Personen. S. unten Buch IV.

2) Es läßt die natürlichen Unterschiede auf gewisse Verhältnisse einen rechtlichen Einfluß gewinnen, ohne ihnen eine rechtliche Gestalt zu geben, ohne daraus eine Verschiedenheit der Personen zu bilden. Dies ist der Einfluß des Geschlechts, Alters, der

Gesundheit, des Geistes auf die rechtlichen Verhältnisse. Davon handeln die beiden folgenden §§. Sie sind bestimmt, diese Unterschiede selbst darzustellen, während ihre rechtliche Wirkung an den einzelnen Orten auszuführen ist. — Man hat dies status naturales genannt, aber status sind eine Verschiedenheit der Personen, hier ist von einer Verschiedenheit der Menschen die Rede.

Einfluß individueller Zustände.

§. 23.

Ueber die Geschlechter s. das Lehrbuch.

Es giebt Altersstufen doppelter Art. Theils sind sie auf eine bestimmte Zahl von Jahren gesetzt, theils nach der Individualität in jedem Fall durch Ermessen zu bestimmen. Manche gehören gleich von Anfang an zur ersten Classe, manche sind aus der zweiten in die erste übergegangen, manche in der zweiten Classe geblieben.

1) Die erste Altersperiode bildet die infantia, von der Geburt bis zum vollendeten siebenten Jahr. Dies ist das Alter des noch nicht ausgebildeten Willensvermögens. Schon früh war man übereingekommen, jene bestimmte gleichmäßige Grenze anzunehmen, statt es auf das ungewisse Urtheil in den einzelnen Fällen zu stellen. Infantes und qui fari non possunt bezeichnet nicht den natürlichen Zustand, sondern den juristischen, nicht den Grund, sondern die Wirkung. Der Infans ist handlungsunfähig, er kann kein Geschäft schließen. Der Ausdruck ist von den solennen Handlungen genommen, die ein Sprechen (fari) erforderten. — Von den infantia maiores können unter Umständen diejenigen, welche nur so eben aufgehört haben infantes zu sein, in manchen Beziehungen noch wie infantes zu beurtheilen sein; was infantiae proximi sind, unterliegt der individuellen Beurtheilung.

2) Die zweite Altersperiode ist die der impuberes infantia maiores. Es ist das Alter der mangelnden Geschlechtsreife und der noch nicht ausgebildeten Einsicht. Die pubertas hat eine juristische Bedeutung für die Ehe, für die Testirfähigkeit, für die Handlungsfähigkeit, und damit zusammenhängend für die Vormundschaft.

Diese Periode geht für Mannspersonen bis zum vollendeten 14., für Frauenzimmer bis zum vollendeten 12. Jahr. Deutsch

heißt diese Altersperiode Unmündigkeit. Im ältern Recht war sie für Frauen nur in Beziehung auf die Ehe wichtig, nach neuestem Recht ist sie es auch bei diesen in allen Beziehungen. Bei Mannspersonen wollten mehrere römische Juristen, daß außer dem Alter noch eine gewisse körperliche Ausbildung vorhanden sei, doch nur bei der Vormundschafts- und Handlungsfähigkeitsfrage. Diese Controverse ist im justinianischen Recht beseitigt.

In gewissen Beziehungen treten die Grundsätze der Mündigkeit, bei pubertati proximi, früher ein, nämlich in Hinsicht auf die Fähigkeit zu Delicten. In anderen Fällen dagegen wird die Unmündigkeit noch fortgesetzt bis zum 18. und 14. Jahre, z. B. bei vermachten Alimenten[1]), und bei der Adoption[2]), plena pubertas.

3) Die dritte Altersperiode umfaßt die puberes minores xxv annis oder Minderjährigen, das Alter der noch nicht ausgebildeten Erfahrung und Charakterfestigkeit. Im Gegensatz dazu heißt das Alter von 25 Jahren Großjährigkeit, aetas legitima. Die rechtliche Stellung dieses Alters kann auch auf rein juristische Art erreicht werden, durch venia aetatis. Die Erfordernisse, ohne welche diese Concession nicht gelten soll, sind ebenso wie die Einschränkungen der Wirkung im Lehrbuch bezeichnet. Man könnte das Verhältniß etwa so ausdrücken: venia aetatis befreit von der Vormundschaft, aber nicht von der Obervormundschaft[3]).

Es kann ein Zweifel über die Anfangszeit der verliehenen Volljährigkeit entstehen. Die gewöhnliche Regel, daß rescripta gratiae vom Datum derselben in Kraft treten (§. 14), läßt sich hier nicht anwenden, wegen des bedeutenden Einflusses auf die Rechtsverhältnisse, die ohne Kenntniß zu verändern bedenklich wäre. Für einen Punkt giebt es eine ausdrückliche Entscheidung: die in integrum restitutio verjährt erst von der Zeit, wo das Rescript insinuirt und die Verwaltung des Vermögens überlassen ist[4]). Ebenso bei andern Verjährungen, die während der Minderjährigkeit ruhen. Für die übrigen Fälle kommt es nicht auf die factische Ueberlassung des Vermögens an, wohl aber muß

---

1) L. 14. §. 1. D. de alim. leg. (34, 1.)
2) L. 40. §. 1. D. de adopt. (1, 7), §. 4. J. eod. (1, 11.)
3) Vergl. L. 3. C. de his qui veniam (2, 45). Vergl. ferner L. 4. C. eod. Hätte z. B. der Testator jemandem etwas bis zur Volljährigkeit vermacht, in Rücksicht darauf, daß er sein Vermögen selbst nicht unter seiner Disposition hat; so daß hier Volljährigkeit so viel heißt als Befreiung von der Vormundschaft.
4) L. 5. C. de temp. in int. rest. (2, 53.)

auch für sie das Erforderniß der Bekanntmachung an den Minor festgehalten werden, dies gilt von dem Ende der Vormundschaft, Verlust der beneficia minorum.

4) Von der erreichten Volljährigkeit bis zum Greisenalter tritt die Gleichheit der Personen ungehindert in Beziehung auf das Alter hervor. Erst die Zeit, wo jemand in das Greisenalter, senectus, eintritt, führt wieder Eigenthümlichkeiten mit sich, die indessen nicht so bedeutend sind wie jene. So Befreiung von der Uebernahme der Vormundschaft, von der Zeugnißpflicht, Möglichkeit einen Vormund zu erhalten. Für die erste Wirkung sind 70 Jahre festgesetzt, nicht so für die anderen; es ist unrichtig, überall jene Fixirung vorauszusetzen.

§. 24.

Ueber die körperliche und geistige Gesundheit s. das Lehrbuch.

Der Mangel an geistiger Bildung, der sich in der Behandlung rechtlicher Dinge zeigt, giebt zuweilen einen Anspruch auf Nachsicht. Es wird z. B. die Berufung auf Rechtsunkunde zugelassen. Aber nicht jeder hat darauf Anspruch; einen Tadelnswerthen zu begünstigen wäre Verkehrtheit. Es giebt Stände, deren natürliche Begleiterin jene Ungeschicklichkeit ist, weil sie ihre Angehörigen entweder überhaupt hindert, mit der Zeit aufs schnellste fortzuschreiten, vielmehr ein Festhalten am einfacheren Leben ihnen naturgemäß ist, oder sie dem rechtlichen Verkehr entzieht. Diese muß das Recht in einem gewissen Grad in Schutz nehmen. Hierher gehören der Stand der Bauern und der Soldatenstand.

Juristische Personen.

§. 25.

Der Begriff der Persönlichkeit ist über den Menschen hinaus erweitert worden. Darauf beruht die Eintheilung der Personen in natürliche und juristische.

Natürliche Personen heißen diejenigen, bei welchen das Subject der Persönlichkeit ein natürliches, von dem Recht unabhängiges Dasein hat; dies sind die Menschen. Die rechtliche Theorie dieser natürlichen Personen gehört in Buch IV.

Juristische Personen sind diejenigen, bei denen das Subject ein juristischer Begriff ist, unsichtbare Personen (moralische, my=

stische), deren Unterlage kein natürliches Dasein hat, die also eine juristische Fiction sind (personae fictae).

Der Grund dieser Erscheinung ist folgender. Es giebt Fälle, wo einem Vermögen ein Zweck gegeben ist, mit dem es entweder nicht übereinstimmen, oder dessen Erreichung unsicher werden würde, wenn man einzelne natürliche Personen, eine oder mehrere, als berechtigtes Subject behandelte.

Darum ist geeignet befunden worden eine Subject zu fingiren, eine von der natürlichen verschiedene Persönlichkeit festzustellen. Dies kann der Fall sein

1) bei Gütern, die für einzelne Menschen und ihre Bedürfniße als solche bestimmt sind (z. B. für wohlthätige Zwecke), so aber daß diese Personen nicht irgendwie bestimmt, sondern personae incertae sind, die vielleicht gegenwärtig noch gar nicht existiren (z. B. die Armen). Hier ist es unmöglich alle die natürlichen Personen, die jetzt und in alle Zukunft darauf Anspruch haben, als Berechtigte, Eigenthümer zu behandeln.

2) Bei Gütern, die gar nicht für Zwecke der Menschen als Einzelner bestimmt sind, sondern für öffentliche und Corporationszwecke. Bei diesen würde, wenn man etwa die gegenwärtigen Glieder als Eigenthümer rc. anerkennen wollte, der Bestimmung nicht entsprochen sein, theils weil auch hier die künftigen ignorirt würden, theils weil das Eigenthum der Einzelnen mit dem gemeinen Zweck in Widerspruch wäre, und dessen Erreichung gefährden würde.

In beiden Fällen wird nur durch jene Fiction, die den Einzelnen das Recht entzieht, dem Wesen der Sache und ihrer Natur entsprochen werden.

Die Rechtsfähigkeit dieser juristischen Personen ist nie eine so unumschränkte, als bei natürlichen Personen. Dies hängt 1) damit zusammen, daß, während die Rechte um der Menschen willen bestehen, hier umgekehrt die Person um der Rechte willen, um für diese ein Subject zu haben, existirt. An sich und abgesehen von besonderen Erweiterungen und Beschränkungen, wird die Rechtsfähigkeit den Umfang haben, der durch den Zweck gegeben ist, um dessen willen die juristische Person angenommen wird. Daher ist 2) ihre Rechtsfähigkeit auf das reine Vermögensrecht beschränkt, sie haben keine Familienrechte. Die Fami-

lienrechtsverhältnisse setzen natürliche Personen voraus. Dahin gehören auch die mit Familienverhältnissen wesentlich zusammenhängenden Vermögensrechte. 3) können ihnen Rechte aus besondern Gründen entzogen sein, so z. B. die Erbfähigkeit, soweit sie nicht gewissen Arten durch allgemeines Gesetz, oder einzelnen durch Concession besonders verliehen ist.

Ein Punkt, den das Recht bei diesen Personen besonders bestimmen mußte, ist die Möglichkeit von Handlungen. Diese kann nur durch Repräsentanten hervorgebracht werden. Darin besteht die privatrechtliche Bedeutung der Verfassung einer juristischen Person, die Verfassung bestimmt ihre Repräsentation, s. noch unten §. 50 ff.

Die verschiedenen Arten juristischer Personen ordnen sich in zwei Classen. Das Subject der Persönlichkeit kann 1) ein Verein von natürlichen Personen sein, universitas personarum, Corporation; 2) ein Vermögen, universitas bonorum.

§. 26.

Zu den juristischen Personen der ersten Classe gehört vor allem der Staat selbst, als Subject eines Vermögens, fiscus. In dieser Eigenschaft tritt der Staat in Privatrechtsverhältnisse. Wenn die Regierung mit den Unterthanen Verträge schließt, ist es der Fiscus, der das Subject ist, ebenso wenn sie durch Handlungen ihrer Beamten verantwortlich wird.

Es giebt viele Privilegien des Fiscus, die oft als etwas gehäßiges betrachtet worden sind; nicht ohne Grund, wenn bei der Verwaltung des Staatsvermögens nicht die gemeine Wohlfahrt das Princip ist. Man hat nicht selten von oben herab die Staatsgewalt als ein Werkzeug zur Beförderung von Einzelinteressen behandelt, und dadurch die unbürgerliche Ansicht von unten, als wenn diese Rechte ein Eingriff in die Rechtssphäre der Unterthanen wären, provocirt. Der rechte Zustand ist der eines lebendigen öffentlichen Interesses, in dem jeder Bürger eine Garantie des Staatsvermögens als sein eigenes Interesse erkennt.

Dies schließt natürlich nicht aus, daß die Bevorzugung des Fiscus gegenüber dem Privatvermögen eine gerechte Grenze haben muß, wie jede Besteurung, denn auch jene Vorrechte sind eine solche.

Die in der Note e. des Lehrbuchs abgedruckte interessante

Stelle[1]) ist immer von der herrschenden Ansicht so verstanden worden, wie es dort angegeben ist. Einige haben es bezweifelt: non delinquere heiße „er begehe kein Delict", „sei nicht strafwürdig". Eine solche Trivialität ist dem Juristen schwerlich zuzumuthen. (Wenn der Jurist es vielleicht auch in einem besondern Zusammenhang, der diesen Vorwurf beseitigt, gesagt hätte, wovon wir nichts wissen, z. B. gegenüber einem besondern Strafgesetz gegen den Begünstiger einer Benachtheiligung des Fiscus in seinen Ansprüchen, so hat die Stelle doch für uns nur einen allgemeinen Sinn und dieser wäre nach jener Meinung ein höchst trivialer.)

Juristische Persönlichkeit haben, wie der Staat im Ganzen, so auch die in ihm enthaltenen engern Corporationen, Gemeinden, respublicae. Sie unterscheiden sich von andern dadurch, daß sie keinen von dem des Staats verschiedenen Zweck haben, nur verfolgen sie als natürliche Bestandtheile des Staats diese Zwecke in beschränkten Kreisen. Im römischen Recht werden die Städte allein genannt, die Dörfer bildeten bloße Anhänge der Städte. Heutzutage giebt es selbstständige Dorfgemeinden; wenn diese auch in staatsrechtlicher Hinsicht gegen die städtischen zurückgesetzt sind, so stehen sie doch regelmäßig gleich in privatrechtlicher. Also auch auf sie sind die betreffenden Grundsätze des gemeinen Rechts von den Städten anzuwenden.

Es giebt Vereine, die zwar einen nicht mit dem Staatszweck identischen Zweck haben, die aber durch ihr Bestehen jenen mittelbar oder unmittelbar unterstützen. Auch solche kommen im römischen Recht als juristische Personen vor, theils mit besondern Namen, theils unter dem allgemeinen: collegia, corpora, societates publicae. So die Priestercollegien, Beamtenvereine, Gesellschaften zu Pachtungen von Staatsgütern. Im heutigen Rechte werden diesen Vereinen verglichen die Universitäten, insofern sie ein eigenthümliches Vermögen besitzen; ferner werden die Handwerkerzünfte, wo sie noch bestehen, ebenfalls allgemein als Subjecte einer juristischen Persönlichkeit betrachtet.

Neben diesen öffentlichen Körperschaften ist auch die Kirche, so wie sie im Staat recipirt ist, eine juristische Person, theils im

---

1) L. 10. D. de iure fisci (49, 14): Non puto delinquere eum, qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile responderit.

Ganzen, theils in ihren Bestandtheilen, Kirchengemeinden. Die Streitfrage, ob nicht bloß die letzteren, ist im Kirchenrecht zu erörtern. Sie entscheidet sich nämlich nach der Vorfrage des Verhältnisses der Kirche zum Staat. In der That würde man mit demselben Recht den Staat aus der Reihe der juristischen Personen streichen und bloß die öffentlichen Gemeinden darin stehen lassen können.

Die Corporationseigenschaft kann noch andern Vereinen zukommen, aber dies ist als Ausnahme und als Wirkung einer besondern Concession zu betrachten. Im allgemeinen Recht sind nur jene als juristische Personen begründet. (S. noch §. 28.)

Aus der Corporationseigenschaft eines Vereins ergeben sich folgende Grundsätze, worin sich die Corporationen von bloßen Gesellschaften, societates privatae, unterscheiden.

1) Das Subject ist ein Verein natürlicher Personen, aber diese natürlichen Personen sind nur, in der Art wie die Verfassung es vorschreibt, die Repräsentanten der juristischen Person. Diese ist etwas von ihnen ganz Verschiedenes und Unabhängiges. Die juristische Person ist auch bei Veränderung aller Glieder unveränderlich dieselbe. Ihre Unterlage sind auch nicht die natürlichen Personen unmittelbar, sondern die Idee ihrer Vereinigung, die universitas, also etwas Unsichtbares. Bei einer bloßen Gesellschaft existirt außer den natürlichen Personen kein Subject, sie schließt keine juristische Person ein.

2) Bei der bloßen Gesellschaft ohne Corporationsrechte erhalten die für die Gesellschaftszwecke bestimmten Güter kein besonderes Subject, ihr Subject sind die socii, die natürlichen Personen, so in Beziehung auf Eigenthum, Forderungen, Schulden. Wenn die Geschäfte unter einer Firma geführt werden, so ist vielmehr die Firma Repräsentantin der natürlichen Personen. Ganz anders bei der Corporation; hier treten bei der Frage nach dem Subject des Vermögens die natürlichen Personen ganz zurück, sie werden ganz ignorirt, das Subject ist allein die unsichtbare juristische Person.

Kein Glied ist theilweise Eigenthümer des Corporationsguts, oder Gläubiger, oder Schuldner[1]). Daraus ergiebt sich,

---

1) S. L. 6. §. 1. D. de div. rer. (1,8.) L. 1. §. 7. D. de quaest. (48,18.) L. 2, 7. §. 1. D. quod cuiusvis univ. (3, 4.)

daß eine Theilung des Gemeinguts als eine reine Veräußerung zu behandeln ist; sie ist ein vollkommener Eigenthumswechsel. Hieraus folgt denn weiter von selbst, wie es mit den Gütern bei der Aufhebung zu halten sein wird. Dieselben fallen nicht etwa an die Glieder, diese hatten kein Recht während der Dauer, und haben auch keines nach der Aufhebung. Die Güter sind herrenlos, und fallen als solche an den Fiscus. (S. noch unten in Buch IX. die bona vacantia §. 564.)

Bei preußischen Juristen giebt es eine seltsame Theorie, wonach unterschieden werden: moralische Personen und Corporationen, und jene Eigenschaft ohne diese vorhanden sein soll. Dies ist ganz ohne Halt.

§. 27.

Es kommen juristische Personen vor, deren Subject nur das Vermögen ist, um dessen willen und um ihm ein selbstständiges Dasein zu geben, jene Persönlichkeit fingirt wird. Ein solcher Fall ist die hereditas, in welcher die Person des Erblassers als juristische fortgedacht wird. Diese Theorie hängt mit dem Begriff des Erbrechts selbst aufs Genaueste zusammen, und wird daher im Erbrecht §. 447. erörtert werden.

Der andere Fall ist der der milden Stiftungen, piae causae, pia corpora. Güter, die zu einem frommen oder gemeinnützigen Zweck bestimmt sind, können im Eigenthum einer andern, natürlichen oder juristischen Person, z. B. der Gemeinde, Kirche sich befinden, mit der Verpflichtung des Eigenthümers, sie zu jenem Zweck zu verwenden (modus). Der Stifter kann diesen Weg einschlagen, wenn er das Vertrauen zu einer solchen Person hat, daß sie ihr Eigenthum nicht zur Beeinträchtigung des Zwecks mißbrauchen werde. Es ist dies aber immer ein Umweg. Der directe Weg zum Ziel ist, solche Güter als ein selbstständiges Vermögen zu constituiren, das sein Subject in sich trägt; der Zweck, die pia causa ist Eigenthümer, also juristische Person. Diese Behandlung der Sache ist in unserm Recht angeordnet, wenn eine solche Stiftung schlechthin gemacht worden ist, ohne eine bestehende Person zum Eigenthümer zu machen [1]).

---

1) S. L. 23. C. de ss. eccl. (1, 2.) L. 24. 28. 35. 46. (ungloss.) 49. C. de epp. et cler. (1, 3.) Nov. 131. c. 11. 15. Clem. 2. pr. de rel. dom. (3, 11.)

Das berechtigte Subject also solcher Güter ist eine einige juristische Person, nicht die Kirche, der Staat, die Gemeinde ꝛc. Damit verträgt sich sehr wohl eine Theilnahme dieser an der Verwaltung. Die Verwaltung kann ihnen möglicherweise ganz übertragen sein. Auf jeden Fall, auch wenn der Stifter besondere Anordnungen darüber getroffen hat, hat die Kirche nach ausdrücklicher Vorschrift des gemeinen Rechts eine Aufsicht und Controle, bei öffentlichen Zwecken ebenso der Staat und bei Stiftungen für Communalzwecke die Gemeinde.

Dieser Umstand hat einige neuere Juristen verleitet, die Existenz der milden Stiftungen als besonderer juristischer Personen zu leugnen[2]). Dieser Irrthum beruht auf einem Mißverständniß der Stellen, welche von einer Theilnahme an der Verwaltung sprechen (mit demselben Recht könnte man dem Bevormundeten das Eigenthum seiner Güter absprechen). Jene falsche Theorie würde sehr gefährlich für solche Güter sein, und damit den Eifer der Stiftungen sehr abkühlen. Kirche und Staat haben selbst das Interesse, jedes Mittel der Sicherung dieser Güter zu gewähren, statt sich in das Eigenthum derselben einzudrängen. Die in der Praxis herrschende Ansicht anerkennt denn auch durchaus die Persönlichkeit der Stiftungen.

Von einigen unächten juristischen Personen. In den Compendien werden häufig die Aemter unter den juristischen Personen aufgezählt. Die natürlichen Personen, die das Amt neben oder nach einander bekleiden, sind nicht das Amt (ebenso wie die Glieder einer Gemeinde nicht die Gemeinde sind). Das Amt ist ein Begriff, aber nicht alle Begriffe sind juristische Personen. Man macht sich die Bedeutung jenes Prädikats gewöhnlich nicht klar. In der juristischen Person würde liegen, daß jedes Amt Eigenthum, Forderungen, Schulden haben könnte. Dies ist entschieden unrichtig; Subject von solchen Privatrechtsverhältnissen sind nur entweder die natürlichen Personen oder der Fiscus. Es kann ausnahmsweise mit manchen Aemtern die Bildung einer Corporation verbunden sein, z. B. die Curien nach römischem Staatsrecht, die einzelnen Facultäten nach dem Recht mancher Universitäten. Aber hier ist nicht das Amt schlechthin das Subject der

2) Roßhirt, im Arch. für civ. Praxis X. S. 321 ff. und Zeitschr. für Civ.= und Crim.=R. V. S. 239 ff.; Fritz, Erl. zu Wening=Ingenheims Lehrb. d. Civilrechts. I. S. 153 f.

Persönlichkeit. Jene Juristen behaupten indessen in der That nicht, alle Aemter seien eigenthumsfähig ꝛc., mit andern Worten: indem sie die Aemter juristische Personen nennen, begehen sie weniger einen Sach- als einen Sprachfehler. Man will damit in Verbindung bringen die Verantwortlichkeit mehrerer collegialischer Beamten, die jedoch (ebenso wie bei Vormündern) eine andere Quelle hat. Bei einer juristischen Person würde gerade der Einzelne nicht haften. Was dem Regenten vermacht ist, kann der Nachfolger fordern[3]), nicht, weil die successiven Regenten eine juristische Person bilden, sondern weil es die Intention des Testators war, der nicht das Individuum, sondern den Bekleider der Würde im Sinne hatte. Anders bei der Augusta[4]), weil hier die Intention des Individuums die allein annehmbare ist.

Sind aber nicht schon die römischen Juristen in jenen Irrthum verfallen? Eine Stelle[5]) hat diese Meinung hervorgerufen. Vor Allem ist hier nur von den Municipalmagistraten die Rede. Aber noch mehr, es findet sich kein Wort von einer juristischen Person; der Ausdruck unius hominis vicem deutet gar nicht einmal darauf hin. Sie galten in der Verwaltung ihres Amts als Einer, nicht als Mehrere, daher jeder vollständig befugt zu den Amtshandlungen ist, wie wenn er der Einzige wäre (wie auch die römischen Consuln). Also waren sie keine collegialische Behörde. Es wird demnach auch in dieser Beziehung das Gegentheil von dem gesagt, was man darin zu finden glaubt und mit der Stellung einer juristischen Person vergleichen könnte.

Kommen Sachen als juristische Personen vor? Heise hat die Grundstücke dafür gehalten wegen der Realservituten. Dies ist nichts als ein Versuch das Rechtsinstitut zu erklären, der an sich irrig ist. Das Subject des Rechts ist der Eigenthümer, daher zwischen zwei Grundstücken desselben Eigenthümers keine Servitut möglich ist. Aber jene Auffassung ist zugleich eine moralische Unmöglichkeit.

---

3) L. 56. de leg. II. (31).
4) L. 57. de leg. II. (31).
5) L. 25. D. ad munic. (50, 2): magistratus municipales cum unum magistratum administrent, etiam unius hominis vicem obtinent, et hoc plerumque quidem lege municipali eis datur, verum etsi non sit datum, dummodo non denegatum, moribus competit.

Nur unsichtbare Dinge können als Personen fingirt werden, körperliche als des Menschen Gleichen aufzufassen wäre eine Rohheit, die nur bei Völkern möglich wäre, die Steine, Thiere ꝛc. als Götter anbeten.

Dies steht auch einer neuern Auffassung des Pfandrechts als Forderung gegen die verpfändete Sache entgegen. Nur eine Person kann Subject eines Rechtsverhältnisses, Schuldner sein. Also wären alle verpfändbaren Gegenstände Personen. Dies hieße das Recht in der That zur Fabel machen, in der Pferde, Schafe ꝛc. als Personen eingeführt werden. Personen wie Thiere zu behandeln, ist nicht schlimmer, als Thiere für Personen gelten zu lassen.

Von der Entstehung und Aufhebung der juristischen Personen.

§. 28.

Zur Entstehung einer Person muß zweierlei zusammentreffen: das Subject und die ihm Persönlichkeit beilegende Rechtsvorschrift. So bei den natürlichen Personen das Subject, das menschliche Individuum und der allgemeine Rechtssatz, daß die Menschen Personen sind. So auch bei der juristischen Person.

Bei Corporationen ist das Subject ein Personenverein, der constituirt sein muß. Vor Allem ist dazu erforderlich die Vereinigung einer Mehrheit von Personen, die diesen Willen haben und erklären. Nach dem heutigen öffentlichen Recht ist dazu eine Genehmigung von Seiten der Regierung erforderlich, außerdem ist der Verein ein unerlaubter (collegium illicitum), bei dem natürlich nie von Corporationsrechten die Rede sein kann. Mit einem Wort: der Verein muß überall ein rechtliches Dasein haben, damit von diesem speciellen rechtlichen Dasein als juristischer Person die Rede sein könne. Außerdem existirt gar nicht das Subject, mit dem diese Eigenschaft verknüpft sein könnte.

Bei den andern juristischen Personen ist das Subject ein gewisser Güterinbegriff. Das Subject entsteht bei der hereditas durch den Tod einer vermögensfähigen Person; bei den piae causae durch rechtsbeständige Stiftung zu einem solchen Zweck. Es ist also ein gültiges Rechtsgeschäft (inter vivos oder mortis causa, im letzten Fall durch den Tod bekräftigt) und die Verfügung zu einem Zweck, der es zur milden Stiftung macht. Ein frommer

Zweck ist der, dessen Erreichung eine religiöse Pflicht, oder ein gemeinnütziger, dessen Beförderung eine Bürgerpflicht ist.

Diese Existenz des Subjects ist noch nicht hinreichend, z. B. es giebt Gesellschaften, die keine juristischen Personen, Stiftungen, die es ebenfalls nicht sind.

Die Rechtsvorschrift kann von doppelter Art sein 1) ein Rechtssatz, der unter jenen Voraussetzungen eine juristische Person anzunehmen vorschreibt, 2) eine specielle Concession für den einzelnen Fall.

Viele Juristen haben die erste Möglichkeit ganz übersehen, und ohne Weiteres eine Concession gefordert. Dies ist als ausschließliche Bestimmung entschieden unrichtig, aber es ist sogar falsch, es zur naturgemäßen Regel zu machen. Das Verhältniß von Regel und Ausnahme ist gerade umgekehrt.

So wie überhaupt die Rechte sich regelmäßig aus Rechtssätzen ableiten und nur ausnahmsweise aus Concessionen, so auch die Persönlichkeit. Bei natürlichen Personen bezweifelt dies niemand; ebenso bei der hereditas; ferner, um vom Staat zu schweigen, bei Gemeinden, bei der Kirche und den Kirchengemeinden. So wie diese Vereine eine anerkannte rechtliche Existenz haben, haben sie auch kraft Rechtssatzes juristische Persönlichkeit.

Bestritten hat man eine solche rechtliche Existenz in Beziehung auf die milden Stiftungen [1]). Für die Nothwendigkeit einer besondern Concession hat man aber nur anzuführen vermocht, daß das geschriebene Recht nicht das Gegentheil sagt. Dadurch stellt man sich aber von vorn herein auf einen falschen Standpunkt.

Die Entstehung durch einen Rechtssatz muß als die regelmäßige und zu vermuthende betrachtet werden. Eine Ausnahme ist nur gerechtfertigt, wenn sich die Bedingungen der juristischen Persönlichkeit nicht mit Sicherheit durchgreifend bestimmen, oder wenn gewisse Subjecte nur aus ganz besondern individuellen Rücksichten so ausgezeichnet werden sollen. Dies ist hier nicht der Fall, die Bedingung der Widmung der Güter zu einem frommen oder gemeinnützigen Zweck hat keine Schwierigkeit, die Beurtheilung ihrer Existenz kann im Fall eines Streits darüber ohne Weiteres dem Richter überlassen werden. Ferner spricht das

---

1) S. z. B. Mühlenbruch, Rechtl. Beurth. des Städtelschen Beerbungsfalles, 1828. und in Glücks Comm. XL. §. 1438b.

geschriebene Recht es als Grundsatz aus, daß piae causae juristische Personen sind, keineswegs, daß dies nur bei gewissen als ein besonderer Gnadenact ausnahmsweise gestattet werden soll. Es ist endlich gar kein sonstiger Grund, Stiftungen zu beschränken und etwa zu verhüten, daß sie allzusehr sich anhäufen. Das geschriebene Recht behandelt sie denn auch durchaus als etwas zu Begünstigendes.

Jene Meinung ist also durchaus ungegründet, sie ist nur aus einer Unart der neuern Zeit entstanden, die Staatsgewalt in Alles sich mischen zu lassen, und die freie rechtliche Bewegung soviel als möglich zu hemmen.

Einige haben eine obrigkeitliche Confirmation gefordert, und dies dann mit jener Concession verwechselt. Wäre jene erforderlich, so würde sie ein Erforderniß der rechtsbeständigen Stiftung sein, und dennoch der Satz wahr bleiben, daß mit dieser rechtlichen Existenz das Subject der Persönlichkeit durch allgemeine Rechtsvorschrift entstehe. Aber auch jenes Erforderniß ist gemeinrechtlich nicht begründet. Ein Anderes ist natürlich, daß das Geschäft ein solches sein kann, welches gerichtliche Mitwirkung fordert (aber nicht in der Rücksicht, daß eine juristische Person entstehen soll), z. B. Schenkung über 500 solidi.

Es giebt aber allerdings Fälle, wo eine Concession der Persönlichkeit nothwendig ist. Dies ist der Fall, wenn eine Gesellschaft, die nicht zu den öffentlichen Anstalten gehört, für die öffentlichen Zwecke nicht nothwendig ist, Corporationsrechte erhalten soll. Diese Concession der Persönlichkeit liegt nicht schon in der Erlaubniß zu bestehen. Beides wird denn auch von verschiedenen Ressorts ausgehen, diese von der Polizeibehörde, jene von der gesetzgebenden.

Die Aufhebung der juristischen Person kann geschehen durch eine Verfügung des Staats, der denn zugleich über das Vermögen verfügt, natürlich unbeschadet der Rechte Anderer (namentlich der Gläubiger). Zu diesen Berechtigten gehören aber keineswegs die Glieder als solche. Die Aufhebung der juristischen Personen ist kein Act der Willkühr, auch bei denen nicht, die durch Concession es geworden sind. Die den Staat zur Aufhebung berechtigenden Gründe sind durch das Staatsrecht festzustellen.

Die pia causa geht unter durch den gänzlichen Untergang der Güter, die ihre Grundlage ausmachen; eine Corporation da-

gegen nicht durch das Aussterben oder Ausscheiden aller Glieder, denn der Begriff einer Corporation begreift nicht bloß die gegenwärtigen, sondern auch künftige Glieder. So lange also nur noch die Möglichkeit der Erneuerung durch neue Glieder bleibt, ist auch die juristische Person nicht untergegangen. Daher schreibt das römische Recht ausdrücklich vor: auch bei Reduction auf Ein Glied besteht die Corporation fort. Auch dies wäre nicht möglich, wenn die ununterbrochene Fortdauer des Personenvereins als Unterlage nöthig sein sollte.

Noch weniger ist eine Auflösung einer Corporation durch willkührlichen Beschluß der Glieder möglich; auch wenn man diesen Beschluß als Willen der juristischen Person ansehen könnte (obwohl diese Fiction sich nicht auf die Vernichtung erstreckt), so könnte dies so wenig Kraft haben, als der erklärte Wille einer natürlichen Person, nicht mehr Person zu sein.

Zweites Kapitel.

Der Inhalt der Rechte.

Rechtsverhältnisse und Rechte.

§. 29.

Die Rechtsverhältnisse sind Beziehungen der Personen zu einander. Sie sind einer unendlichen Mannigfaltigkeit und Verwickelung fähig, ~~die durch die rechtliche Beurtheilung auf~~ ihren wesentlichen Inhalt zurückgeführt und so gelöst werden soll. ~~Worin~~ besteht jener für die richterliche Beurtheilung wesentliche ~~Inhalt?~~ Durch die Rechtsverhältnisse tritt die Persönlichkeit in Wirkung, sie enthalten die Wirksamkeit der Personen als solcher. Person ist Subject des Willens als Macht, ihre Thätigkeit ist eine solche, wobei der Wille doch nicht aus seiner Potentialität herausgeht. Diese Thätigkeit ist die Unterwerfung eines Gegenstandes, deren Resultat eine Herrschaft, Macht über den Gegenstand ist. Die Wirksamkeit der Personen als solcher also ist, berechtigt zu werden (daher eben die Persönlichkeit Möglichkeit, berechtigt zu werden, Rechtsfähigkeit), und diese Berechtigung ist zugleich der wesentliche Inhalt und Kern der Rechtsverhältnisse. Jedes Rechtsver-

hältniß besteht aus einseitigen oder gegenseitigen Berechtigungen. Die Aufgabe der richterlichen Beurtheilung ist, in einem Rechtsverhältniß die Berechtigungen aufzufinden, zu bestimmen oder zu begränzen, und in ihrer Wirkung festzustellen.

Die Berechtigungen selbst aber haben einen Mittelpunkt, von dem sie ausgehen, ein Ganzes, von dem sie Bestandtheile sind, und durch das sie bestimmt werden. Diese Quellen der Berechtigungen sind die Rechte. Ein Recht ist die Macht über einen Gegenstand, der dem Willen des Berechtigten unterworfen ist. Jedes Recht besteht sodann aus einer Anzahl von Berechtigungen oder Befugnissen, die erst dadurch ihre Bestimmtheit erhalten, daß wir wissen, aus welchem Recht sie fließen; z. B. die Befugniß eine Sache zu benutzen kann aus dem Eigenthum stammen, oder aus einer Servitut, oder aus einer Obligatio, in allen diesen Fällen wird sie verschiedenartig sein. Wenn daher ein Rechtsverhältniß vorliegt, worin wir eine Berechtigung zur Benutzung als einer der in dem Verhältniß stehenden Personen zuständig finden, so müssen wir noch einen Schritt weiter gehen, und auch das Recht dieser Personen bestimmen, aus dem sich jene Befugniß ableitet.

So sind also der letzte Inhalt und Kern der rechtlichen Beziehungen der Personen die Rechte, die ihnen zustehen. Die Aufgabe ist nun, die verschiedene Natur der Rechte kennen zu lernen.

Begründung der Rechte.

§. 30.

Recht einer Person ist die rechtliche, d. h. durch das Recht, den allgemeinen Willen, anerkannte Macht über einen Gegenstand. Das Recht als Vorschrift ist die Quelle der Rechte, die uns zustehen, der Grund der Rechte.

Darin besteht das Erforderniß jedes Rechts, daß es durch eine Rechtsvorschrift begründet, dieser gemäß sei. In diesem Erfordernisse liegt dreierlei: 1) daß das Recht (die Vorschrift) überhaupt die Möglichkeit eines solchen Rechts anerkenne, so z. B. anerkennt das Recht kein Eigenthum an einer Person, ferner keine Herrschaft über einen Menschen, welche dessen Freiheit aufhebt (keine Sclaverei); 2) daß die Person auf die den Rechtsvorschriften gemäße Art das Recht erworben habe; 3) muß die Anerkennung des Rechts durch den allgemeinen Willen von der Beschaf-

fenheit sein, daß derselbe gegen Verletzung einen (sei es übrigens vollkommenen oder unvollkommenen) Schutz ertheile.

Die Rechtsvorschrift, auf welche die Rechte sich gründen, ist regelmäßig ein Rechtssatz, sei es ius commune oder singulare. Im letzten Fall heißt sie privilegium, Rechtswohlthat.

Die eigenthümlichen Grundsätze über diese Rechtswohlthaten s. im Lehrbuch. Die nähere Anwendung wird bei den einzelnen vorkommen, z. B. in integrum restitutio, Pfandprivilegium, Forderungsprivilegium.

§. 31.

Die Rechtsvorschrift, welche ein Recht begründet, kann ausnahmsweise eine constitutio personalis sein, privilegium in einem besondern Sinne des Worts. Durch diesen Grund unterscheidet sich das letztere von dem ius singulare. Es hat aber die Eigenschaft, ein Recht zu geben und unterscheidet sich dadurch von der Dispensation, d. i. der Entbindung von einem Rechtssatz für einen einzelnen Fall. Z. B. das ius commune schreibt für gewisse Geschäfte eine gewisse Form vor. A, der im Fall ist, ein solches zu schließen, wird von der Vorschrift entbunden für diesen Fall. Hier ist eine Dispensation vorhanden. Geht die Entbindung auf alle Fälle, die ihm vorkommen, so heißt sie Privilegium. Wird ein Stand von jener Vorschrift befreit, so ist ein ius singulare gegeben.

Die rechtliche Beurtheilung dieser Privilegien bestimmt sich

1) durch die besondere Beschaffenheit des Rechts, das es enthält: Recht an Sachen, Forderungen, Befreiung. Im Allgemeinen sind zu unterscheiden priv. affirmativa und negativa. Eine besondere Art sind die exclusiva. Die Praktiker wollten häufig die Analogie der Servituten allgemein anwenden und nannten daher die Klage actio confessoria. Dies ist jedoch ganz unpassend und undurchführbar.

2) Durch den besondern Einfluß, den ihre Gründung auf eine constitutio personalis hat. Dies ist es, was allen Privilegien gemein ist. Die Folgerungen daraus bilden die allgemeine Lehre von den Privilegien, welche hier darzustellen ist.

Diese allgemeinen Grundsätze betreffen die Erwerbung und den Verlust.

Der Erwerb der Privilegien geschieht durch Concession des Regenten. Unrichtig ist die Eintheilung in privilegia conventio-

nalia und non conventionalia. Die Entstehung ist immer ein einseitiger Act. Annahme ist nöthig, aber sie ist nicht der Grund der Erwerbung (wie bei Vermächtnissen). Verträge sind nur möglich zwischen Personen, die in Beziehung auf den Gegenstand derselben gleichstehen, zwischen Regent und Unterthan daher über Privatrechte, also nur, insofern jener als Privatmann gedacht wird. Als solcher kann er aber bei der Ertheilung der Privilegien nicht angesehen werden. Manche haben jene Eintheilung mit der in privilegia onerosa und gratuita verwechselt. — Dieser Entstehung hat die Praxis die unvordenkliche Zeit hinzugefügt, sie ist bestätigt durch die canonischen und deutschen Rechtssätze[1]). Die unvordenkliche Zeit ersetzt den Titel s. unten §. 77.

Dies ist die ursprüngliche Erwerbung. Giebt es auch eine Succession in Privilegien? Es gehört zum Begriff eines Privilegiums, daß es einem Individuum verliehen ist, über das es nicht hinausgeht. Daher ist eine eigentliche Succession nicht denkbar. Dies ist augenscheinlich bei persönlichen Privilegien, sie sind weder veräußerlich noch vererblich. Aber es gilt in der That auch von Realprivilegien. Sie sind geknüpft an eine Sache, die Ausübung ist dem Eigenthümer zuständig. Jeder Eigenthümer hat das Privilegium, aber es ist dies kein Wechsel der Berechtigten, eine eigentliche Succession wäre Uebergang auf eine andere Sache, ein solcher ist aber nicht möglich.

Ob das Privilegium onerosum oder gratuitum ist, macht in dieser Hinsicht keinen Unterschied. Ein Irrthum ist es, daß bei jenem die Vermuthung für eine Uebergangsmöglichkeit, oder dafür, daß es Realprivilegium sei, spreche.

Aufgehoben werden kann ein Privilegium nach Art der Classe von Rechten, zu der es gehört. Die Erledigungsarten der dinglichen rc. Rechte sind auch auf den Fall zu beziehen, wenn ein solches Recht durch Concession gegeben ist.

Aber es giebt Erledigungsarten, welche den Privilegien gemeinschaftlich sind, weil sie mit ihrer Entstehung zusammenhängen. (S. das Lehrbuch.) Was den Widerruf des Ertheilers betrifft, so ist die gewöhnliche Theorie: conventionelle könnten nur aus Gründen des öffentlichen Wohls, nicht conventionelle willkührlich wi-

1) c. 26. X. de V. S. (5, 40.) c. 1. de praescr. in VI. (2, 13.) R. A. 1548. §. 56. R. A. 1576. §. 105.

derrufen werden. Die richtige Ansicht ist folgende: Die Privilegien sind Ausflüsse der gesetzgebenden Gewalt, doch können sie nicht widerrufen werden wie Gesetze, weil sie iura quaesita sind, deren Widerruf auch nicht in der Aufhebung der Gesetze liegt. Also ist ein Widerruf nur ex iusta causa möglich; solche iustae causae sind: prekäre Verleihung, Staatswohl, Mißbrauch. Aus dem letzten Grunde kann der Widerruf auch durch den Richter geschehen, doch fordert die Praxis vorherige Verwarnung.

Häufig wird auch Nichtgebrauch als allgemeiner Aufhebungsgrund behandelt. Darüber giebt es verschiedene Meinungen, von denen namentlich die, daß alle nicht affirmative so endigten, ganz willkührlich ist. Der Nichtgebrauch ist nur ein Endigungsgrund, wo das Recht, auch ohne Privilegium zu sein, ihm unterworfen wäre, z. B. Servitut, Zehntfreiheit; letzteres ist im canonischen Recht entschieden. Auch das Privilegium unterliegt dieser Endigung, nicht aber ist sie für das Privilegium als solches zu behaupten, wenn das Recht sonst davon befreit ist.

Verschiedener Inhalt der Rechte.

§. 32.

Die Rechte, die uns zustehen können, sind von sehr mannigfaltigem Inhalt. Dieser Mannigfaltigkeit liegt eine Einheit zu Grunde, es giebt ein System der Rechte, welches uns in den Stand setzt, jede Befugniß auf ihren wahren Gehalt zurückzuführen.

Ein Recht ist die Unterwerfung eines Gegenstandes unter den Willen der Person. Die Unterwerfung hat einen verschiedenen Gehalt 1) durch die Verschiedenheit des Gegenstandes, 2) durch die verschiedene Stellung der Person. Von der letzteren soll hier zuerst die Rede sein.

Verschiedenheit der Rechte nach der Stellung der Personen.

§. 33.

Die Rechte haben einen verschiedenen Inhalt, jenachdem sie dem Menschen 1) als Einzelnem, oder 2) als Glied einer organischen Verbindung zukommen. Das erste ist der Fall bei den Vermögensrechten; das zweite bei den Familienrechten, den öffentlichen und den kirchlichen Rechten. Vermögensrechte und Familienrechte sind Privatrechte, gegenüber den beiden andern Classen.

So zerfallen auch die Rechtssätze in drei Classen: Privatrecht, öffentliches Recht, Kirchenrecht. Das Privatrecht ist theils Vermögensrecht, theils Familienrecht.

Bei den Römern begreift das ius publicum auch das ius sacrum; dies ist für sie eben so richtig, als es für uns falsch ist.

Ius publicum hat verschiedene Bedeutungen: 1) öffentliches Recht, 2) das allen Bürgern gemeinschaftliche, so auch Privatrechte, die im gemeinen Gebrauch aller Bürger, in publico usu sind, was von manchem Staatseigenthum gilt (s. unten), 3) das Recht überhaupt, sofern es allgemeiner Wille ist, im Gegensatz zu den Rechten als Befugnisse, 4) der Theil des Rechts, auf den die Willkühr der Einzelnen keinen Einfluß hat, z. B. testamentifactio publici iuris est.

Vermögensrecht.

§. 34.

Vermögen ist der Inbegriff der Rechte, als deren Subject wir den Menschen als Einzelnen gegenüber andern Einzelnen denken können. Es sind die Rechte, welche eine Herrschaft über die Dinge der äußern Natur, Sachen, enthalten, oder sie vermitteln sollen. Daher ist das Eigenthum ein Vermögensrecht, aber ebenso auch die Obligatio. Jedes Vermögensrecht findet sein Werthäquivalent in einer Sache, und ebenso daher auch das Vermögen überhaupt.

Es ist zu unterscheiden, eine natürliche und eine juristische Bedeutung von Vermögen, bona.

1) Im natürlichen Sinn ist es der Inbegriff der auf Sachen sich (unmittelbar oder mittelbar) beziehende Rechte. Es wird vermindert durch Veräußerungen, aber ebenso auch schon durch Verpflichtungen. Was jemand schuldet, das ist dem Erfolg nach und auf den Werth gesehen, schon ein Minus seines Vermögens. Nur was nach Abgang der Schulden übrig bleibt, nennen wir Vermögen im natürlichen Sinne[1]). Wer also z. B. ein Rittergut von 100000 an Werth hat, aber 100000 Schulden, hat kein Vermögen in diesem natürlichen Sinn.

2) Im juristischen Sinn ist es der Inbegriff der Rechte an

1) L. 39. §. 1. D. de V. S. (50, 16): bona intelliguntur cuiusque quae deducto aere alieno supersunt.

Sachen, Forderung und Schulden, das Vermögen ist nicht bloß actives, sondern auch passives. In diesem Sinn hat also auch der ein Vermögen, der mehr Schulden als Activa hat.

Woher kommt diese Bedeutung, die unnatürlich scheint? Die Beantwortung dieser Frage ergiebt sich daraus, daß unter Vermögen in rein juristischem Sinn die Wirksamkeit der Person in vermögensrechtlicher Hinsicht verstanden wird, die vermögensrechtliche Existenz der Person. Diese Bedeutung tritt daher überall ein, wo das Vermögen als eine universitas genommen wird, also mit seinem Subject, so z. B. bei der Erbfolge, Uebergang der vermögensrechtlichen Persönlichkeit. Auch eine überschuldete Erbschaft ist eine Erbschaft. Wo dies nicht der Fall ist, tritt jene natürliche Bedeutung ein, z. B. bei einem Vertrag, wodurch ich jemanden mein ganzes Vermögen verspreche, bei der donatio omnium bonorum, Bestellung der Dos. In diesem Falle findet keine Universalsuccession Statt, daher ist das active Vermögen allein zu verstehen, also was nach Abzug der Schulden übrig bleibt.

Die Grundlage des Vermögens ist die Sache, daher enthalten die folgenden §§. die allgemeine Theorie von den Sachen.

Von den Sachen und ihren Eigenschaften.

§. 35.

Das erste Moment in dem Begriff der Sache ist die Körperlichkeit. Eine falsche Eintheilung aber ist die in körperliche und unkörperliche Sachen. Diese Eintheilung, die Mutter von sehr erheblichen Irrthümern, wurde veranlaßt durch die Eintheilung: res corporales und incorporales. Aber hier bedeutet res nicht Sache, sondern Ding, Gegenstand. Die Römer verstehen unter res incorporales die Rechte außer dem Eigenthum, insbesondere solche, die eine Vindication zur Folge haben: Servituten, Erbrecht (dort ist die Sache, hier das Recht Gegenstand der Vindication). In der That giebt es eine Ausnahme von jenem Erforderniß des Körperlichen, unkörperliche Sachen, fingirte Sachen. Es kommt vor, daß eine Gesammtheit von Sachen als Eine Sache behandelt wird. Zwei Fälle sind hier möglich, 1) mehrere Sachen bilden ein körperliches Ganzes (Haus, Maschine, Schiff), und hierin ist keine Ausdehnung des natürlichen Begriffs der Sache enthalten, 2) mehrere Sachen bilden durch die gemeinsame Bestimmung,

die ihnen gegeben ist, ein unsichtbares Ganze, die Verbindung ist nicht wie dort eine körperliche, sondern bloß eine gedachte, z. B. Heerde, Bibliothek, Waarenlager. Dies ist jene fingirte ideelle Sache, welche vorzugsweise universitas rerum genannt wird. Die wesentlichen Eigenschaften und Voraussetzungen sind folgende:

1) eine Mehrheit von Sachen als körperliche Gegenstände. Die irrige Eintheilung in körperliche und unkörperliche Sachen hat veranlaßt, Gesammtheiten von Rechten, Güterinbegriffe herbeizuziehen. Man nennt diese universitas iuris (Erbschaft, Peculium, Dos), und im Gegensatz dazu die wahre universitas rerum: universitas facti s. hominis (weil auf willkührlicher Bestimmung beruhend). Jene universitates iuris gehören jedoch gar nicht in diesen Zusammenhang. Man hat aber mit diesem zunächst doctrinellen Fehler noch einen praktischen Irrthum verbunden. Der praktische Unterschied soll nämlich in der Regel: res succedit in locum pretii et pretium in locum rei bestehen. An einem andern Ort wird zu zeigen sein, daß diese Regel auch für die s. g. universitas iuris falsch ist.

2) Eine Mehrheit von äußerlich selbstständigen Sachen, die nicht ein körperliches Ganzes bilden. Ein Irrthum ist es, wenn Warnkönig[1]) meint, die Verbindung sei nichs juristisches, sondern naürlich und durch den äußern Sinn wahrnehmbar. Diese Meinung beruht auf einer seltsamen Einbildung und Verwechslung des Ganzen mit allen Theilen.

3) Verbindung durch eine gemeinsame, ihr Dasein afficirende Bestimmung, die den Sachen gegeben ist (nicht z. B. alle Sachen, die sich in einem Hause befinden).

4) Ein juristischer Nexus; wenn z. B. mehrere Eigenthümer ihr Vieh durch einen Hirten weiden lassen, so ist diese Heerde keine universitas im juristischen Sinn.

5) Selbstständiges Bestehen der universitas, sie darf nicht bloß für eine andere Sache bestimmt sein, als Theil derselben wie z. B. Ausrüstung eines Schiffs, instrumenta fundi.

6) Die universitas wird als Sache behandelt, indem sie Gegenstand von Rechten sein kann; so giebt es Eigenthum, Pfandrecht, Niesbrauch an der Heerde. Die Veränderung der Stücke verändert nicht das Recht an dem Ganzen. Die Eigenschaft der

---

1) Archiv für civ. Praxis XI. 9.

Stücke als Sachen hört dadurch nicht auf, neben dem Eigenthum an dem Ganzen existirt auch ein Eigenthum ꝛc. an den einzelnen Sachen. Es ist ein Mißverständniß von Vangerow[2]), wenn derselbe meint, daß wo das Ganze Gegenstand eines Rechtsverhältnisses sei, die einzelnen Stücke gar nicht in Betracht kämen.

7) Jene Geltung der universitas als Sache ist nicht durchgängig, namentlich nicht bei der Besitzfrage, hier überwiegt der natürliche Zustand.

Das zweite Moment in dem Begriff der Sache ist die unbedingte Hingabe unter die menschliche Herrschaft. Sache ist das, was keinen andern Beruf hat, als dem menschlichen Willen unterworfen zu sein. Keine Modification des Begriffs ist es, daß es actuell herrenlose Sachen giebt, falls dies nicht eine rechtliche Nothwendigkeit ist.

Aber es giebt Sachen, die weder actuell noch potentiell dem Eigenthum bestimmt sind. Die Unmöglichkeit des Eigenthums kann ihren Grund in der Person haben, non habet commercium huius rei, oder in der Sache, res quarum commercium non est. Diese letzteren Fälle bilden die Modification jenes Begriffs der Sache. Solche Sachen sind nothwendig nullius in bonis.

Ganz absolut gilt dies von den res divini iuris. Dieser Grundsatz ist auch von der katholischen Kirche recipirt, von der evangelischen aber verworfen.

Die absolute Ausschließung des Eigenthums haben mit einander gemein die res omnium communes, eine Bestimmung, die jedes ausschließliche Recht aufhebt. Aber nur von dem Ganzen gilt dies, eine Ausscheidung einzelner Theile ist dadurch nicht ausgeschlossen, soweit sie nicht durch besonderes Verbot untersagt ist. So der Bau auf dem Meeresufer und in das Meer hinein. Das Eigenthum dauert aber nur so lange, als die Ausscheidung.

Außerdem giebt es noch Sachen, bei denen eine relative Unfähigkeit besteht, nämlich deren Commercium den einzelnen Privatleuten entzogen ist. Dahin gehören manche Sachen, die im Eigenthum des Staats oder einer Gemeinde sich befinden, res publicae, nicht die in pecunia populi s. universitatis befindlichen, welche zu dem Vermögen gehören, aus dem die öffentlichen Bedürfnisse bestritten werden. Durch ius singulare kann die Mög-

---

2) Leitfaden für Pandektenvorlesungen. Bd. I. S. 91.

lichkeit für Privatleute Eigenthum daran zu erwerben, erschwert sein (z. B. Staatseigenthum ist der rechtlichen Usucapion entzogen), aber unmöglich ist es nicht. Relativ unfähig aber sind ferner die in publico usu habentur, öffentliche Plätze, Land- und Wasserstraßen, öffentliche Gebäude im gemeinen Gebrauch. Diese können unter keiner Bedingung ins Eigenthum der Einzelnen kommen. Nicht der publicus usus allein bewirkt dies, auch Privateigenthum giebt es mit gleichem Onus, z. B. öffentliche Durchgänge, ferner die Ufer des öffentlichen Flusses, soweit der Gebrauch des letzteren einen Gebrauch des ersteren fordert.

Eine besondere Art von res publicae sind noch ausgezeichnet, die Stadtmauern und Stadtthore, als res sanctae; den res divini iuris verglichen durch besondere Verpönung jeder Verletzung, den res publicae, in publico usu, durch Unmöglichkeit des Privateigenthums.

In römischen Recht giebt es eine Reihe von Klagen, wodurch diese dem Eigenthum entzogenen Sachen gegen Verletzung geschützt werden sollen, auch die Berechtigung zum Gebrauch derselben aufrecht erhalten werden kann. Sie sind zusammengestellt in §. 35 a. des Lehrbuchs.

Wir kehren wieder zurück zu den der rechtlichen Herrschaft unterworfenen Sachen, und betrachten die Eigenschaften, die auf ihre rechtliche Behandlung Einfluß haben. Es sind theils natürliche Eigenschaften, welche diese Wirkung haben, theils juristische.

§. 36.

Eine Verschiedenheit der Behandlung tritt vor allem ein bei beweglichen und bei unbeweglichen Sachen. Bewegliche sind solche, die ohne Wesensänderung einer Ortsveränderung fähig sind. Unbewegliche Sache ist der Erdboden mit seinen natürlichen aber auch seinen künstlichen Bestandtheilen, sofern sie in einem wesentlichen Zusammenhang mit ihm stehen; wie Pflanzen, Gebäude. Die Eintheilung in praedia rustica und urbana wird regelmäßig im Recht nicht in ihrer einfach natürlichen Bedeutung (nach dem Ort), sondern nach der Art und Beschaffenheit verstanden. Jedes Haus ist ein Grundstück städtischer Art, praedium urbanum. Aber insofern es Bestandtheil eines Landguts ist, den Ackerbauinteressen dient, und als solches genommen wird, gehört es zu den praedia rustica. Ebenso ist ein Platz ohne Gebäude, der also der

ländlichen Benutzung unterworfen ist, ein praedium rusticum, aber er kann zu einem praedium urbanum als Accession gehören, wenn er lediglich städtischen Bedürfnissen gewidmet ist, und in diesem Zusammenhang zur Sprache kommt.

Die unbeweglichen Sachen sind vor den beweglichen ausgezeichnet durch ihre individuelle Dauer. Aber auch den meisten beweglichen Sachen kommt eine solche Dankbarkeit in einem gewissen Grad zu. Einige besitzen diese Eigenschaft nicht, und dies hat Einfluß bei den Rechtsverhältnissen, bei denen es zu einem Hinderniß wird. Hierher gehören die Consumtibilien, deren gewöhnlicher Gebrauch in natürlicher oder juristischer Consumtion besteht, s. Lehrbuch.

Noch wichtiger ist die individuelle Bedeutung. Alle Sachen können in Rechtsverhältnissen vorkommen als Gattungen oder als Individuen. Beim Eigenthum immer in der letzten Eigenschaft, bei Forderungen in der zweiten: „dies Grundstück, diese Geldstücke", oder in der ersten: „ein Grundstück von so großem Umfang", „eine gewisse Quantität Geldstücke".

Bei den meisten Sachen sind die Individuen (species), die zu derselben Gattung (genus) gehören, in ihrem Werth sehr verschieden. Daher sind die Individuen nicht gleichgültig, nicht eines das andere vertretend, weshalb eine Forderung auf das Geben solcher Sachen, wenn das Individuum nicht bestimmt ist, auf einen unbestimmten Werth geht, ein incertum zum Gegenstand hat (obwohl noch immer einen Werth, wenn nicht das Genus so weit gefaßt wird, daß ganz werthlose Gegenstände darunter fallen „summum genus").

Aber es giebt eine Classe von Sachen, bei denen die Individuen gleicher Beschaffenheit und Werthes sind, so daß eines das andere vertritt; der Werth bestimmt sich bei ihnen nach der Gattung und Quantität. Daher bedarf es nur der vollkommenen Beschaffenheit der letztern, damit die Forderung auf sie eine certa sei. Ferner sie kommen bloß maßweise zur Sprache, pondere, numero, mensura consistunt (nicht Sachen, die selbst gemessen werden, z. B. Grundstücke, sondern deren Gattung und Quantität Gegenstand des Maßes ist). Bei diesen Sachen ist tantundem idem, sie können in ihrer Gattung so vollkommen wiedererstattet werden, wie bei der Rückgabe derselben Individuen. So Geld, Getreide, unverarbeitete Metalle ꝛc. „Fungible Sachen"

(der Ausdruck: vertretbare ist nicht bezeichnender). Zur Vermeidung von Irrthümern [1]) sind folgende Sätze festzuhalten:

ad 1) Verbrauchbarkeit und Fungibilität sind verschiedene Begriffe, auch wenn beide Eigenschaften zufällig immer bei denselben Sachen zusammenträfen. Häufig ist dies der Fall, die Verbrauchbarkeit giebt der Sache die Eigenschaft der Gleichgültigkeit des Individuums. Aber Fungibilien sind auch ohne Verbrauchbarkeit denkbar, z. B. rohe Metalle, Steine.

ad 2) Die Fungibilität tritt nicht in allen Verhältnissen hervor, z. B. Geld ist als Depositum gegeben. Insonderheit als Gegenstand des Eigenthums werden fungible Sachen stets als nicht fungibel genommen (Quantitäten sind Gegenstand des Eigenthums, es giebt kein Eigenthum an Geldsummen, sondern an Geldstücken).

ad 3) Alle Sachen können als nicht fungible behandelt werden, aber nicht alle Sachen als fungible. Die entgegengesetzte Meinung beruht auf Vermischung der Behandlung nach dem Genus und der Fungibilität. Es kann jemand nach subjectiver Ansicht seine Sachen wie fungible ansehen, weil die Werthsdifferenz für ihn unbedeutend ist, z. B. er hat zwei Wagenpferde, von denen er glaubt, schlechtere Individuen dieser Gattung werde es wohl nicht geben. Aber dies macht die objective Beschaffenheit der Dinge nicht zu einer andern. — Die Fungibilität ist so wenig für Sachen eine Empfehlung, als für Menschen.

§. 37.

Es giebt Eigenschaften, die ein Verhältniß unter mehreren Sachen enthalten oder bewirken.

Die Productivität ist eine auch juristisch erhebliche Eigenschaft. Es ist die Eigenschaft, daß die Sache nicht bloß durch ihr gegenwärtiges Dasein, sondern auch durch die ihr inwohnenden Kräfte das Vermögen des Berechtigten vermehrt.

Insofern nun dieser Gewinn die Bestimmung der Sache ist, heißt er Frucht, Nutzung, fructus. Der juristische Begriff fällt nicht überall zusammen mit dem natürlichen, d. i. dem des organischen Erzeugnisses.

1) Nicht alle Erzeugnisse sind fructus, sondern nur die in

---

1) Vergl. Note f. des Lehrbuchs.

der Bestimmung der Sache liegende Nutzung. Nicht der partus ancillae, nicht Bäume, die geschlagen werden, um sie auszureuten, Windbrüche s. Note a. d. Lehrb.

2) Nicht alle fructus sind natürliche Erzeugnisse, auch sonstiger Gewinn von der Sache, z. B. Pachtzins, Zinsen von Geld ꝛc. gehört zu den fructus. Auch hier mit der angegebenen Modification [1]).

Diese Fructus hat man juristische, fructus civiles genannt, gegenüber den fructus naturales. Bei den letzteren werden unterschieden die mere naturales und industriales: solche, die durch Arbeit des Besitzers hervorgebracht sind (nicht bloß vermehrt, z. B. Gras).

Die Bezeichnung der verschiedenen Momente bei der Fruchtbeziehung: ~~petentes~~, separati, percepti (als besonderer Art — als Bezeichnung des Gewinns überhaupt), exstantes, consumti; s. Lehrbuch.

Theilbarkeit im juristischen Sinn ist die Möglichkeit einer Theilung der Sache unter mehrere Berechtigte. Drei Fälle der Berechtigung Mehrerer sind zu unterscheiden, 1) sie haben verschiedene Rechte: Eigenthum, Ususfructus; dieser Zustand enthält keine Theilung der Sache. 2) Sie haben dasselbe Recht, aber jeder an der ganzen Sache, z. B. Pfandgläubiger, auch darin liegt keine Theilung. 3) Sie haben dasselbe Recht jeder an einem Theil.

Der Theil kann ein körperlicher sein. Hier sind zwei Fälle zu sondern, 1) die Verbindung ist eine wesentliche, so daß die Trennung die Natur des Theils wesentlich verändert. Dies ist überall der Fall, wo der Theil die Eigenschaft einer Gliedes hat, so ist auch das Haus, die Pflanze Theil des Bodens. Nach dieser Theilung ist die Sache untheilbar, nur der Eigenthümer des Ganzen kann Eigenthümer des Theils sein, oder eigentlich ein besonderes Eigenthum an dem Theil findet gar nicht statt.

2) Die Verbindung ist eine nicht wesentliche, die Trennung macht den bisherigen Theil nicht zu einem andern Wesen. Nach dieser Theilung ist die Sache theilbar, die Theile können im Eigenthum verschiedener Personen stehen. Dann ist die Sache

---

1) L. 26. D. de usur. (22, 1) Julianus venationem fructus fundi negavit esse, nisi fructus fundi ex venatione constet. Diese Stelle enthält keine Tautologie.

im Grund schon in mehrere Gegenstände zerlegt, getheilt in diesem Sinn, Eigenthum pro diviso. Dies ist am augenscheinlichsten, wenn die Verbindung der Theile nur eine gedachte ist und kein körperlicher Zusammenhang obwaltet, wie bei Theilen einer universitas rerum. Aber in der That auch, wenn ein körperlicher Zusammenhang vorhanden ist, z. B. die Plätze eines Grundstücks, Rad am Wagen, Stein im Hause. Auch hier sind mehrere selbstständige Sachen, wenn das Eigenthum getrennt wird.

Der Theil kann ~~die~~ ein intellectueller sein, der sich nicht äußerlich an der Sache darstellt, quoter Theil. Nach solchen Theilen ist natürlich jede Sache theilbar, es ist daher eine rein juristische Eigenthümlichkeit, wenn diese Theilbarkeit etwa ausgeschlossen ist. Hier ist die Sache durch das Eigenthum Mehrerer noch nicht in mehrere Ganze auseinandergegangen (Eigenthum Mehrerer pro indiviso). Von diesen Theilen kann man daher ganz eigentlich gesprochen allein sagen: es sind Theile, nicht selbstständige Sachen [2]).

Auf diese intellectuelle Theilung folgt dann erst die wirkliche, die jene ersetzt und aufhebt, entweder natürlich, so daß jeder seinen ideellen Theil in einem körperlichen erhält, oder dem Werth nach.

Pertinenzqualität ist die Eigenschaft, die eine Sache dadurch erhält, daß sie ohne wirklicher Theil einer andern Sache zu sein, doch so behandelt wird (quasi pars [3]), Theil durch die Bestimmung, die ihr gegeben ist). Die Erfordernisse sind folgende: 1) die Sache muß gänzlich für den Dienst der Hauptsache bestimmt sein, keine selbstständige Bestimmung haben. Diese innere Bestimmung macht sie zur Pertinenz, nicht die äußere (fixa, vincta sind nicht immer Pertinenzen, und es giebt Pertinenzen, die nicht befestigt sind). 2) Beständigkeit der Bestimmung; eine temporäre Wegnahme hebt die Pertinenzqualität auf. 3) Die Bestimmung muß in Wirklichkeit getreten sein, z. B. Pfähle in dem Weinberg gebraucht.

Die Hauptsache kann eine unbewegliche und eine bewegliche sein. Es ist eine falsche Regel, daß im letztern Fall nur die Theile als Pertinenzen zu betrachten seien, z. B. das Faß kann

---

2) L. 25. §. 1. D. de V. S. (50, 16.)
3) L. 13. §. 31. D. de A. E. V. (19, 1.)

Pertinenz des Weins sein (wenn es nämlich nur für diesen Wein bestimmt ist). Am häufigsten natürlich kommt die Pertinenzqualität bei unbeweglichen Sachen zur Sprache. Das instrumentum fundi oder aedium, der Inbegriff der für den Landbau oder für die Benutzung des Gebäudes dienenden Sachen, ist nicht Pertinenz, weil diese Sachen nicht für das Landgut, für das Haus, sondern mit diesen für die Agricultur, die Wohnung bestimmt sind, sie stehen nicht im Accessionsverhältniß zum Grundstück, sondern mit diesem zu dem Zweck desselben. Bei einem Fundus wird die Regel gegeben, daß nicht die ruta caesa, sondern was mit dem Boden zusammenhängt, die Eigenschaft der Pertinenz besitze, denn bloß bei diesem kann angenommen werden, daß es keine Selbstständigkeit gegen das Grundstück hat, unmittelbar für dieses bestimmt ist. Anders verhält es sich bei Häusern.

Die Pertinenzqualität kommt besonders zur Sprache bei Veräußerungen in Beziehung auf die Frage: was darin begriffen sei? z. B. beim Kauf, Vermächtniß. Bei Gelegenheit dieser Lehre tragen die römischen Juristen die Lehre von den Pertinenzen in unzähligen einzelnen Beispielen vor, die aber bei weitem weniger, als die in ihnen befolgten Principien zu beachten sind. So das Beispiel von den Schlüsseln, serae, die Pertinenzen des Hauses sein sollen[4]). Diese Schlüssel waren nicht befestigt, um so mehr könnte man denken, daß bei uns alle Schlösser hierher gehörten. Aber eben weil wir befestigte und unbefestigte haben, so werden Vorhängeschlösser häufig nicht für Pertinenzen zu halten sein. — Endlich äußern Sitte und Lebensart sehr oft hier einen bestimmenden Einfluß. Oefen können z. B. nach der Sitte eines Landstrichs wie andere Möbeln zu behandeln sein.

Accessionseigenschaft. Accession ist das Hinzukommen eines Gegenstands zu dem andern, so daß dieser als das Principale, der accedirende in einer juristischen Beziehung (nicht nothwendig in allen juristischen Beziehungen) als Attribut und abhängig von ihm zu betrachten ist. Der Gegenstand selbst heißt ebenfalls Accession. Dieses Verhältniß kommt zwischen Rechten vor, z. B. Pfandrecht ist Accession der Forderung, die Forderung gegen den Bürgen Accession der Forderung gegen den Hauptschuldner, Klagen können neben ihrem Hauptgegenstande noch

4) L. 17. D. de A. E. V. (19, 1.)

Nebengegenstände haben. Hier ist von dem Accessionsverhältniß als einem Verhältniß zwischen Sachen die Rede. Zwei Momente liegen in dem Begriff des Accessionsverhältnisses:

1) Verhältniß zwischen mehreren Sachen durch eine Verbindung unter ihnen (körperliche oder intellectuelle). Dies ist aber noch nicht hinreichend, das Verhältniß kann ein gleiches sein, keine Sache die Accession der andern. So wenn z. B. zwei zusammenkommende Sachen eine dritte bilden; Theile desselben Ganzen stehen unter sich nicht im Accessionsverhältniß, z. B. die Steine eines Hauses.

2) Die Bestimmung oder Natur der einen Sache muß es sein, von der andern abhängig, ihr Attribut in juristischer Beziehung zu sein. So verhalten sich die Theile zum Ganzen, die Pertinenzen zur Hauptsache, die Früchte zur producirenden Sache. Als fructus pendentes sind sie Theile, aber auch nach der Separation werden sie in gewisser Beziehung noch als Accession behandelt, hier also ist das Fruchtverhältniß ein eigentliches Accessionsverhältniß.

Die Existenz der Accessionseigenschaft muß nach diesen Principien beurtheilt werden. In vielen Fällen ist sie unzweifelhaft, z. B. das Gebäude ist eine Accession des Bodens, die Pflanzen des Grundstücks, die Steine des Gebäudes u. s. w. Es kann aber zweifelhaft sein, 1) ob überhaupt ein Accessionsverhältniß existirt und 2) welche von beiden Sachen die Accessionseigenschaft hat. Auf den Werth und auf den Umfang kann es nicht ankommen[5]).

Hier enden wir einige in die Pandekten übergegangene unrichtige Entscheidungen bei den römischen Juristen, die wir nicht als Princip benutzen, sondern vielmehr als Irrthümer erkennen müssen. Celsus hat bei dem Zusammenkommen zweier Metallkörper das Accessionsverhältniß, in Ermangelung anderer Gründe, nach dem Umfang und Werth entschieden[6]). Richtiger war die Entscheidung, es bestehe hier überall kein Accessionsverhältniß, sondern ein gleiches, sie seien Theile einer dritten Sache, des Metallklumpens. (Im Grunde wird diese richtige Ansicht auch in der Stelle angegeben. Die Meinung des Celsus wird nicht direct gebilligt.)

---

5) L. 19. §. 13. 15. 20. L. 20. 29. §. 1. D. de auro, argento (34,2.) L. 7. §. 10. D. de adqu. dom. (41, 1.)

6) L. 27. §. 2. eod.

Nicht weniger unrichtig ist die Entscheidung des Paulus[7]), daß die Schrift Accession des Materials, das Gemälde Accession der Leinwand sei, s. noch unten §. 164. Paulus sagt, beim Gemälde hätten die Meisten das Gegentheil angenommen, des Werths wegen, dies ist aber auch nicht der rechte Grund; sein eigener Grund ist ganz unhaltbar. Die Entscheidung des Paulus beruht auf einer Verwechselung der Fragen: „Was kann ohne das Andere nicht sein", und: „Was ist um des Andern willen da."

Werth.

§. 38.

Der Werth einer Sache bestimmt sich theils nach dem Umfang und Belang der Güter, welche durch dieselbe erzeugt und hervorgebracht werden können (Gebrauchswerth), theils der Güter, welche dafür im Verkehr erhalten werden können (Tauschwerth). Jenes ist der Werth der Sache als Gegenstand eines dauernden Rechts an derselben, dieses der Werth als Verkehrsgegenstand. Diesen Tauschwerth drückt das Geld aus. Der Charakter des Geldes liegt darin, 1) daß es allgemeines Tauschmittel ist, und daher den Preis für alle andere Sachen bildet; 2) daß es allgemeines Zahlungsmittel ist, d. h. daß jede Leistung, die Gegenstand einer Obligatio ist, in einer Geldsumme ihr Aequivalent findet, und darin geschehen kann, wenn es nicht mehr möglich ist, sie specifisch zu realisiren. Der Werthanschlag einer Sache (Aestimation im allgemeinen Sinn) geschieht in Geld zu den beiden Zwecken, zu denen er nothwendig wird, sowohl zum Behuf des beabsichtigten Umsatzes gegen andere Güter (Preis), als zum Behuf des Umsatzes, der nothwendig wird, um die Leistung der Sache selbst zu ersetzen (Aestimation im eigentlichen Sinn).

Keine Sache hat an sich die Eigenschaften des Geldes, denn es giebt keine Sache von allgemeiner und unbeschränkter Brauchbarkeit, unbeschränktem Bedürfniß.

Sie werden einer Sache beigelegt durch die Anerkennung der im Verkehr mit einander Lebenden. Nicht durch das Gebot der Staatsregierung entsteht Geld. Würde diese einer Sache die Geldeigenschaft beilegen, welche dieselbe in der öffentlichen Mei-

7) L. 23 §. 3. D. de R. V. (6, 1.)

nung nicht hätte, so wäre die Röthigung, sie als Geld anzuerkennen, ein erzwungenes Darlehn von den Unterthanen. Dies schließt nicht aus, daß die Regierung einer auf jene Weise erwählten Sache eine bestimmte Form und Garantie verleiht, und dadurch ihre Geltung als Geld unterstützt und bekräftigt. Als Geld wird eine Sache erwählt werden, welche an sich möglichst allgemeinen Werth hat (worauf sich derselbe auch gründen möge), zugleich ein möglichst geringes Volumen einnimmt, und leicht transportabel ist. Diese Sache ist bei uns, wie schon bei den Römern, das edle Metall: Gold und Silber.

Um den Gebrauch dieses Metalls als Geld zu erleichtern, erhält dasselbe von der Staatsregierung eine Form, die zur Beglaubigung des Werths für jedes einzelne Stück dient. In solcher Form heißt das Metall Münze.

Diese Form hat eine Abweichung von dem unverarbeiteten Metall zur Folge

1) in Beziehung auf den Werth. Die Münze muß einen größern Werth erhalten, als eine gleich große Masse unverarbeiteten Metalls, da die Prägungskosten dazu zu schlagen sind. In dieser Differenz bezahlt der das Geld-Gebrauchende den bedeutenden Vortheil, den Werth des Stücks sofort beglaubigt zu haben.

2) In Beziehung auf das Gewicht, Schrot. Die Münzen werden nicht rein aus edlem Metall geprägt, sondern erhalten aus verschiedenen Gründen (z. B. um die Abnutzung zu vermindern) einen Zusatz von unedlem Metall. Daher ist das Gewicht einer Münze nicht gleich dem einer gleich großen Masse feinen Metalls. Das Verhältniß des feinen zu dem groben Metall in einem Stück heißt das Korn der Münze.

Für den Werth der Münze als Geld kommt dieser Zusatz an sich nicht in Betracht; er ist nur ein Theil der Prägungskosten, und wird bei diesen in Anschlag gebracht. Jener Werth bestimmt sich darnach, wie viel feines Metall in einer solchen Münze enthalten ist (Feingehalt). Dieser hängt davon ab, wie viele Münzen aus einer gewissen Quantität feinen Metalls geprägt werden. Die Bestimmung dieses Verhältnisses heißt der Münzfuß. Z. B. 14 Thaler- oder 24½ Guldenfuß, wonach 14 Thaler oder 24½ Gulden aus einer Mark feinen Silbers geprägt werden.

Als Geld kommen Münzen in Betracht, wo sie als Quantitäten in einem Rechtsverhältniß genommen werden, und zwar

zum Behuf einer Preisbestimmung oder einer Zahlung, welches die Functionen des Geldes sind (s. oben.). Die Quantität heißt hier Summe. Die letztere wird durch die Zahl der Münzen eines gewissen Münzfußes ausgedrückt, welche alsdann Rechnungsmünzen heißen. Als solche dienen entweder die geprägten Münzen, z. B preußische Thaler, oder auch nicht geprägte, wie z. B. sonst die rheinischen Gulden, welche erst seit der letzten Münzreform in einzelnen Stücken ausgeprägt werden, oder die sächsischen Thaler. Es ist überhaupt nicht wesentlich, daß die Summe in der Rechnungsmünze, die sie ausdrückt, bezahlt wird, z. B. 100 Thaler werden geleistet in 50 Zweithalerstücken. So könnte daher auch die Rechnungsmünze als geprägte ganz fehlen, wie es dort wirklich der Fall war.

Nicht als Geld kommen die Münzen in Betracht, wo sie zwar als Quantitäten Gegenstand des Rechtsverhältnisses sind, aber mit der Eigenschaft der Waare, wie bei dem Geldwechsel, ferner wo sie als Individuen gelten, z. B. als Gegenstand des Eigenthums, des Depositums, des Commodats.

Bei Geldschulden entstehen folgende Fragen, die aus der Natur des Geldes entschieden werden und daher hier ihre Erledigung finden müssen, welche aber auch häufig wegen mangelhafter Einsicht in die Natur des Geldes unrichtig entschieden worden sind. Handbücher sind in diesem Punkt nur mit großer Vorsicht zu brauchen, z. B. die ganz falsche Vorstellung, welche Vangerow[1]) aus Glück[2]) nachgeschrieben hat, daß der innere Werth der Münze von Schrot und Korn abhänge.

1) Die Frage nach der Quantität. Der Schuldner einer Geldsumme muß so viel Münzen geben, als ihrem Gehalt nach die geschuldete Summe ausmachen (eine Veränderung des Münzfußes seit der Entstehung der Forderung verändert nicht die Summe, aber eben darum allerdings die Quantität der Stücke); so viel Stücke, als nach ihrem gegenwärtigen Gehalt die Summe darstellen, die in der frühern Quantität enthalten war. Wer z. B. 13⅓ Thaler schuldig wurde, zu einer Zeit, wo so viel Thaler auf die feine Mark gingen, schuldet jetzt 14 Thaler. Die Summe seiner Schuld ist gleich einer feinen Mark, nur mit der Differenz

1) Leitfaden für Pandektenvorlesungen, §. 68.
2) Commentar XII. §. 783.

der Prägungskosten, diese Summe stellt sich jetzt in 14 Thalern dar.

Von dem Gehalt der Münze ist der Werth derselben zu unterscheiden, d. h. der Tauschwerth in Beziehung auf die Waaren, welche für denselben zu erhalten sind. Darauf ist keine Rücksicht zu nehmen. Wenn man für denselben Thaler jetzt weniger Getreide erhält, als damals, so berechtigt dies den Gläubiger zu keiner Mehrforderung, denn es ist keine Veränderung mit dem Gegenstand der Forderung eingetreten. Ein Rechtsverhältniß ändert sich nicht dadurch, daß sein Gegenstand jetzt weniger Werth in Beziehung auf andere hat, abgesehen von einer rechtswidrigen Verzögerung, deren nachtheilige Folgen ersetzt werden müssen. Zu diesem Tauschwerth gehört auch die Quantität anderer Münzen, die man für eine gewisse Münze erhalten kann, z. B. das Verhältniß der Gold- und Silbermünzen. Ist die Veränderung darin durch Veränderung des Münzfußes eingetreten, so gilt davon das oben Bemerkte. Ist es eine Folge anderer Verhältnisse, so wird keine Rücksicht darauf genommen.

2) Die Frage nach der Münzsorte. An sich hat der Schuldner die Wahl. Natürlich muß er in gangbaren Münzsorten zahlen, nicht in verrufenen; er ist aber auch beschränkt hinsichtlich der Scheidemünze. Diese kleine, eigentlich bloß zur Theilung bestimmte Münze wird nach einem geringeren Münzfuß, als die grobe, ausgeprägt, ihr Nominalwerth ist also bedeutend größer als ihr Feingehalt. Manche Regierungen haben dergleichen, um die Differenz zu gewinnen, in unverhältnißmäßiger Menge ausprägen lassen. Es entsteht nun die Frage: kann der Schuldner in Scheidemünze zahlen? Die Bejahung dieser Frage würde heißen, er kann die Schuld willkührlich auf die Hälfte oder eine noch geringere Quote reduciren. Der Gläubiger braucht die Scheidemünze nur wo sie in ihrem Beruf fungirt zum Nominalwerth anzunehmen, höhere Summen nur nach dem Feingehalt. Aber die Gesetze haben überhaupt die Zahlung in Scheidemünze beschränkt. (S. Note g des Lehrbuchs.)

Ist die Münzsorte bestimmt, so kann der Schuldner sie nicht ändern. Stillschweigend ist die Bestimmung beim Darlehn[3].

---

3) L. 99. D. de solut. (46, 3): Debitorem (creditorem) non esse cogendum in aliam formam nummos accipere, si ex ea re damnum aliquid passurus sit. Die Lesart der Florentina ließe sich zur Noth halten, in Erwägung,

Familienrecht.

§. 39.

Familienrecht sind die Familienverhältnisse, sofern sie eine rechtliche Gestalt angenommen haben: Ehe, Verhältniß zwischen Eltern und Kindern, Verwandtschaft überhaupt. Bloß die letztere als das allgemeine Familienband ist hier zu erörtern. Es giebt folgende Arten derselben: 1) eigentliche Verwandtschaft, cognatio im allgemeinen Sinn. 2) Verschwägerung, affinitas. Jene ist natürliche Verwandtschaft, cognatio im engern Sinn, oder juristische Verwandtschaft, entweder des römischen Rechts, civilis cognatio oder des canonischen, spiritualis cognatio.

§. 40.

Der Grund der natürlichen Verwandtschaft ist die Zeugung, Gemeinschaft des Bluts. „Personen sind mit einander verwandt" heißt also, sie stehen durch ihre Erzeugung und Abstammung mit einander in Verbindung. Diese Verbindung kann eine doppelte sein: 1) Abstammung von einander, 2) Abstammung von einem gemeinsamen Stamm, welcher der sie vermittelnde Knoten ist, stipes communis.

Jenes ist Verwandtschaft in linea recta, der Descendenten und Ascendenten, dieses Verwandtschaft in linea obliqua s. transversa, der Seitenverwandten.

In beiden Fällen kann die Abstammung eine unmittelbare oder mittelbare, durch Mittelglieder vermittelte sein; in der Seitenlinie von einer Seite unmittelbar, von der andern mittelbar, respectus parentelae; ferner überhaupt gleichweit oder nicht (gleiche oder ungleiche Seitenlinie).

In der Seitenlinie ist ferner ein Unterschied, ob der stipes communis ein Ehepaar, oder ein Einzelner ist (vollbürtige, halbbürtige Verwandtschaft). Dies ist nur bei den Geschwistern von Bedeutung, consanguinei, uterini.

Diese Verschiedenheit der Verwandtschaft hat auf ihre Wirkungen einen bedeutenden Einfluß; ebenso aber auch die Verschiedenheit des Grads, d. h. der Nähe und Form der Verwandtschaft.

---

daß sie die äußere Wahrscheinlichkeit der inneren Unwahrscheinlichkeit für sich hat; indessen ist sie doch wohl ein Fehler.

Die Verwandtschaft ist desto näher, je weniger Zeugungen sie vermitteln, desto entfernter, je größer die Zahl der vermittelnden Zeugungen ist. Jede Zeugung bildet einen Grad der Verwandtschaft. So die römische Berechnung. Die alte deutsche oder canonische sieht nicht auf die Entfernung der betreffenden Personen von einander, sondern auf die Entfernung derselben von dem Stamm, sie zählt die Generationen als Glieder des Stammes (nicht also einzelne Zeugungen).

Es ist eine mehrfache Verwandtschaft zwischen denselben Personen denkbar. Abgesehen von der Möglichkeit einer Cognation und Agnation, in der natürlichen Verwandtschaft selbst mehrfache natürliche Begründung der Verwandtschaft. Verwandtschaft durch mehrere Linien (gerade und Seitenlinien) tritt ein 1) wenn zwei Verwandte ein Kind zeugen; das Kind ist mit jedem Parens auch durch den andern verwandt, ferner mit dem stipes communis der Eltern mehrmals in linea recta, 2) wenn zwei Personen, die einen gemeinsamen Verwandten haben, ein Kind zeugen, z. B. bei einer Ehe mit zwei Schwestern successiv, sind die Kinder aus beiden Ehen Geschwister und Geschwisterkinder. Dahin gehört auch der Fall der L. 10. §. 14 D. de gradib. (38, 10) [1]: zwei Personen erzeugen jede mit einer Verwandten der Andern ein Kind: si mulieres altera alterius filio nupserint — qui ex his masculi nati fuerint, invicem patrui sunt.

Häufig werden mehr Fälle aufgezählt, aber nur indem man Species des zweiten Genus als Genera behandelt.

§. 41.

Der Beweis der Cognation wird geführt durch den Beweis der Zeugungen, die sie vermitteln. Handelt es sich um die Zeugung durch eine gewisse Frau, so ist der Beweis natürlich mög-

1) S. Note e des Lehrbuchs.

lich. Anders, wenn die Verwandtschaft auf Zeugung von einem Mann gegründet wird, also wo es darauf ankommt, daß jemand Kind eines gewissen Mannes sei, theils des Kindschaftsverhältnisses selbst wegen, theils wegen Verwandtschaft mit andern Personen durch den Vater. Hier wird der nicht zu führende Beweis ersetzt durch die Vermuthung pater est, quem nuptiae demonstrant. Wenn die Mutter eine Ehefrau ist, so ist mit ihr auch der Vater gegeben, der Ehemann.

Diese Präsumtion hat aber Grenzen: 1) Die Geburt muß wenigstens 6 Monate nach Eingehung der Ehe erfolgen. Die frühere Geburt hindert die Ehelichkeit nicht, wenn kein Streit darüber entsteht und der Vater das Kind als das seinige anerkennt; komnt es aber auf den Beweis an, so findet keine Präsumtion statt.

2) Die Geburt darf nicht später als 10 Monate nach getrennter Ehe geschehen sein. Hier fällt nicht bloß die Präsumtion weg, sondern es wird überhaupt die Behauptung der Erzeugung in der vorangegangenen Ehe nicht mehr zugelassen.

Man drückt diese Präsumtion auch so aus: der gilt als Vater des Kindes, der in der Zeit von dem 182. bis zum 302. Tag vor der Geburt Ehemann der Mutter war, nicht während dieses ganzen Zeitraums, sondern auch nur an einem der 120 Tage, die zwischen jenen Zeitpunkten liegen. (Jene Zahlen 182 und 302 sind ein nicht genauer Ausdruck; s. §. 74. Eigentlich ist zu sagen: die Präsumtion tritt ein, wenn bei der Geburt 180 Tage seit dem Anfang der Ehe, und noch nicht 300 nach der Trennung abgelaufen sind.) Der Beweis des die Kindschaft behauptenden braucht also nur auf die Geburt von dieser Frau und Existenz der Ehe gerichtet zu sein. Ja auch die Ehe soll vermuthet werden, wenn der Mann in einem von drei Zeugen unterschriebenen Document das Kind schlechtweg sein Kind genannt hat, die Möglichkeit der Ehe vorausgesetzt [1]).

Gegenüber jener Präsumtion ist jedoch der Beweis des Gegentheils nicht ausgeschlossen. Aber Ehebruch der Mutter ist kein vollständiger Beweis, ebensowenig als es ihr Geständniß gegenüber dem Kind ist. Controvers ist: ob der Gegenbeweis aus der körperlichen Beschaffenheit eines im 7. Monat der Ehe geborenen Kindes geführt werden könne? Es ist nicht abzusehen, warum

1) Nov. 117. c. 2,

dies Beweismittel ausgeschlossen sein sollte, wenn Sachverständige aussagen, daß dieses Kind unmöglich so kurz getragen sein könne. (Das preußische Landrecht hat diese Controverse dadurch abgeschnitten, daß es das erste Erforderniß der Präsumtion von 6 auf 7 Monate erhöht hat. Nach ihm ist daher der Gegenbeweis bloß durch den Beweis der Nichtbeiwohnung zwischen dem 210. und 302. Tag vor der Geburt geführt.)

Auf dieser Beweisfrage, auf der Möglichkeit, die juristische Gewißheit der Verwandtschaft herzustellen, beruht allein der Unterschied der ehelichen und unehelichen Erzeugung in Beziehung auf das Recht der Verwandtschaft. Außerdem müßte dieser Unterschied auf die Verwandtschaftsfrage bei der natürlichen Verwandtschaft, die auf dem natürlichen Ereigniß der Zeugung beruht, eigentlich ohne Einfluß sein.

Aus dem Bisherigen ergeben sich folgende zwei Regeln, die aber zum Theil Modificationen erhalten haben.

1) In Beziehung auf die Mutter und die mütterlichen Verwandten ist kein Unterschied zwischen ehelicher und außerehelicher Erzeugung, ein Grundsatz, der in Beziehung auf die ex damnato coitu Erzeugten modificirt ist[2]. (Vgl. noch über das canonische Recht §. 316 bei der Alimentationspflicht.)

2) Uneheliche Kinder haben keinen Vater noch väterliche Verwandte.

Von den unehelichen Kindern sind aber auszuscheiden die legitimirten, die in einer putativen Ehe erzeugten, und die Brautkinder, wenn durch richterliches Urtheil in contumaciam des sich weigernden Bräutigams die Ehe für geschlossen erklärt ist. Alle diese stehen den ehelichen vollkommen gleich.

Bei den übrigen unehelichen Kindern treten Modificationen jener Regel ein, indem eine Verwandtschaft, aber mit beschränkter Wirkung und beschränktem Umfang, hinsichtlich der Personen angenommen wird. a) Bei allen unehelichen Kindern mit dem Vater (wenn dieser nur wahrscheinlich ist) und den väterlichen Verwandten hinsichtlich der Eheverbote. b) Bei Brautkindern, wenn die Ehe wegen Todes oder grundloser Weigerung des Bräutigams nicht erfolgt, eine Verwandtschaft mit dem Vater mit

---

2) Nov. 89. c. 15. verb. L. 6. C. de inc. nupt. (5, 5.) Vergl. jedoch Anm. 1 des Lehrbuchs.

allen rechtlichen Wirkungen, aber nicht mit den väterlichen Verwandten. (Diese beschränkte Gleichstellung setzt also kein richterliches Urtheil voraus.) c) Bei den Concubinenkindern, liberi naturales, mit dem Vater, mit der Wirkung der Alimentationspflicht, der Legitimationsmöglichkeit, und eines beschränkten Erbrechts, — nicht mit den väterlichen Verwandten. Dies war eine Auszeichnung des Concubinats als einer gesetzmäßigen außerehelichen Verbindung. Heutzutage muß dieselbe entweder ganz aufgehoben sein, oder auf alle uneheliche Kinder angewendet werden. Das letztere ist allgemeines Gewohnheitsrecht, nur sind die ex damnato coitu Erzeugten davon ausgenommen.

Dies setzt jedoch eine freiwillige Anerkennung des Kindes durch den Vater voraus. Die Praxis hat zwar auch gegen den der Anerkennung sich weigernden Vater eine Alimentenforderung gegeben, darauf ist dies aber auch zu beschränken; die Klage geht nicht auf Anerkennung, sondern nur auf Alimentation, und diese Alimentation hat auch nicht die Verwandtschaft zum Grunde. (S. §. 316.)

§. 42.

Von den juristischen Verwandtschaften ist die cognatio spiritualis hier nur eben zu erwähnen, sie ist für das Civilrecht von keiner Bedeutung.

Die höchste Wichtigkeit dagegen hatte für das alte Recht die civilis cognatio, oder Agnation. Der Grund derselben war die väterliche Gewalt (nach älterem Recht auch die Manus). Die väterliche Gewalt macht zu Agnaten 1) die in der Gewalt derselben Person stehen oder gestanden haben, 2) die darin stehen würden, wenn das sie verbindende Haupt noch lebte. Dies ist die familia im civilrechtlichen Sinn. Die sie begründende Gewalt braucht nicht fortzudauern, nur darf sie nicht durch Capitis deminutio gelöst sein, weil dadurch die Agnation aufgehoben wird. Wegen ihres Grundes kann die Agnation nur Verwandtschaft durch Mannspersonen sein, nicht jede solche Verwandtschaft aber ist Agnation.

Die Agnation kann unter wirklichen Cognaten bestehen, hier ist sie nach neustem Recht ohne Bedeutung. Sie ist aber auch möglich unter Personen, die gar nicht natürlich verwandt sind, wenn sie durch Adoption entsteht. Die Adoptivverwandtschaft ist Agnation. Hier hat sie auch für das neuste Recht Bedeutung.

Diese Agnaten sollen auch die Rechte der Cognaten haben, aber sie haben sie nur so lange sie Agnaten sind, während bei der wirklichen Cognation nach Aufhebung der Agnation die Cognation zurückbleibt.

§. 43.

Verschwägerung, Affinität hat die Ehe zur Grundlage. Sie ist das Verhältniß zwischen einem Ehegatten und dem andern und dessen Cognaten (nicht den bloßen Agnaten). Unter den beiderseitigen Cognaten besteht keine Affinität. — Das canonische Recht betrachtet für das Ehehinderniß (die Hauptwirkung der Affinität) die Affinität nicht als Folge der Ehe, sondern der Geschlechtsvereinigung, eheliche oder außereheliche. Auch sonst hat es den Begriff erweitert s. das Nähere im Kirchenrecht.

Civilistisch ist dies Verhältniß von geringer Bedeutung. Daher genügt das Bisherige nebst dem im Lehrbuch Bemerkten.

§. 44.

Berührungen zwischen Vermögensrecht und Familienrecht s. das Lehrbuch.

Einfluß der öffentlichen und kirchlichen Stellung der Person auf das Privatrecht.

§. 45.

Den Zeiten, wo das Recht noch unentwickelt ist, gehört das Ineinandergehen der verschiedenen Stellungen des Menschen an, das Uebergreifen des öffentlichen und kirchlichen Rechts in das privatrechtliche, nach Gelegenheit auch des letzteren in jene Gebiete. Eine Berührung dieser Gebiete ist nicht zu negiren, aber sie darf nicht die Selbstständigkeit derselben beeinträchtigen. So wird die politische Persönlichkeit des Menschen auch auf solche Privatrechte naturgemäß einen Einfluß üben, die selbst in wesentlicher Berührung mit den öffentlichen stehen, und ebendasselbe gilt von der kirchlichen Stellung. Insofern z. B. politische Rechte von dem Grundbesitz oder von gewissem Grundbesitz abhängen, wird auf die Fähigkeit zu diesem die politische Stellung einen Einfluß äußern. Dagegen ist es nicht zu rechtfertigen, die politische und kirchliche Stellung über diese Gränzpunkte hinaus die Privatrechtsfähigkeit bedingen zu lassen. Dies ist noch im justi-

nianischen Recht nicht durchaus vermieden, namentlich gehört dahin die Bedingung der Rechtgläubigkeit für die vollkommene Persönlichkeit im Privatrecht, zu welcher die römischen Kaiser durch ihre verweltlichende Auffassung der christlichen Religion geführt wurden.

Das heutige gemeine Recht hat diese Uebergriffe fallen lassen. Die Bestimmungen des römischen Rechts gegen Apostaten und Ketzer sind antiquirt, dagegen das Verbot der Ehe zwischen Juden und Christen aufrecht erhalten worden, da es ein auf der Gränze des kirchlichen Rechts liegendes Privatverhältniß betrifft. Für die Privatrechtsfähigkeit gilt ferner nicht das Staatsbürgerrecht als Bedingung, sondern auch dem Fremden ist sie zuerkannt, Rechte ausgenommen, die mit politischen in wesentlicher Verbindung stehen. Die Vorzüge gewisser Stände, so des Soldatenstandes, sind nicht schlechthin zu jenen Uebergriffen zu rechnen, da sie zum großen Theil selbst nicht in der politischen, sondern in der natürlichen Seite des Standes ihren Grund, mithin ein privatrechtliches Fundament haben. Daß bei der Anerkennung der juristischen Personen das politische und kirchliche Interesse mitwirkt, kann nicht als Uebergriff betrachtet werden.

Wenn in früheren Zeiten die Gefahr auf jener Seite lag, liegt sie in unserer eher auf der entgegengesetzten, dem öffentlichen und kirchlichen Recht seinen Einfluß auf das Privatrecht zu schmälern. Der politische und kirchliche Sinn geht allzuhäufig in dem privatrechtlichen Egoismus unter. Die Meisten besitzen so wenig von jenem, daß sie die kleinste Beschränkung ihrer Privatrechtssphäre durch politische und kirchliche Rücksichten als eine feindselige Last empfinden.

Das Verhältniß des Menschen zu dem Staat und zu den politischen Corporationen, aus denen er besteht, ist in Absicht auf die Frage der Angehörigkeit ein doppeltes:

1) Mitgliedschaft, Civität, Staatsbürgerrecht, Gemeindebürgerrecht. Davon gilt das oben Bemerkte.

2) Verhältniß zu dem Territorium des Staats oder der Gemeinde. Dies kann sein bloßer Aufenthalt und Domicilium. Beides ist auch für das Privatrecht von mannichfacher Bedeutung, besonders das letzte. Das Domicil macht zum incola (unabhängig von der Civität). Dieser Begriff ist hier noch festzustellen.

Domicilium, Wohnort, drückt den juristischen Begriff nicht

bestimmt aus. Der Besitz eines Hauses, eines Grundstücks überhaupt ist für den juristischen Begriff von domicilium gleichgültig. Ebenso der des Wohnens und des Aufenthalts. Es ist ein gleichzeitig mehrfacher Wohnort im juristischen Sinn möglich. Ferner ist es möglich, daß die Person von dem Wohnort ausgeschlossen ist, z. B. der relegatus. Es giebt auch Personen ohne Domicilium, z. B. der Vagabund, der in der Veränderung Begriffene.

Domicilium ist der örtliche Mittelpunkt der juristischen Wirksamkeit, sofern er ein dauernder ist. Daraus erklärt sich seine Unabhängigkeit vom Aufenthalt ꝛc. Ein Fall ist noch besonders entschieden: der Studirende hat nicht sein Domicil an dem Ort, wo er sich seiner Studien wegen aufhält (wenn dieser es nicht aus einem andern Grund ist).

Regelmäßig hängt das Domicil von dem Willen der Person ab, es ist domicilium voluntarium. Zu seiner Constituirung gehört aber nicht bloß Absicht und Erklärung, sondern auch Ausführung, re et facto transfertur, non nuda contestatione. Aufgehoben wird es durch Aufhebung jener Bedingungen, nicht durch bloße Wohnungsveränderung.

Aber es giebt Fälle, wo ein fremder Wille das Domicil bestimmt, domicilium necessarium. Die Ehefrau folgt dem Domicil des Mannes, die Kinder dem ihrer Eltern, doch kann concessio peculii dem Sohn zugleich die Möglichkeit eigener Constituirung eines Domicils geben. Staatsdiener haben ihr Domicil am Ort ihrer Anstellung, entstehend mit dieser; Soldaten da, wo sie dienen, wenn sie nicht ein anderswo gelegenes und verwaltetes Vermögen besitzen. Endlich die an einen bestimmten Ort Verwiesenen sind an diesem domicilirt.

Verschiedenheit der Rechte nach dem Gegenstand.

§. 46.

Die Rechte erhalten eine verschiedene Natur durch ihren Gegenstand. Es ist dies die Reaction des Stoffs auf die Form, des Unterworfenen auf die unterwerfende Macht. Jedes Recht hat einen Gegenstand, der vermöge desselben dem Willen unterworfen ist, und der seinen Inhalt bedingt. Dies ist die Nothwendigkeit, welcher das Recht unterworfen ist, und über die es sich nicht hinwegsetzen kann, ohne ein unvernünftiges zu werden. Solche Ge-

genstände sind Sachen, Handlungen, Personen. Das Recht muß ein Recht an einer Sache darum, daß es dieses ist, als von dem an einer Handlung, an einer Person wesentlich verschiedenes erkennen. Ebenso muß es allen Rechten an Sachen etwas Gemeinschaftliches gegenüber den andern Classen zuerkennen. So ordnet sich der Inhalt des Rechts (und das sind eben die Rechte) in verschiedenen Classen, durch die sich Natur und Behandlung der ihnen zugehörigen Rechte bestimmen. Dies ist die logische Einheit, auf welche wir die große Mannigfaltigkeit der Rechte zurückzuführen haben. Dadurch erhalten wir zugleich die obersten Rechtsbegriffe, von denen aus der ganze Rechtskörper zu fassen, zu handhaben und zu regieren ist. Jedes Recht erhält seinen Begriff durch seinen Gegenstand. Auf diesen muß die erste Frage bei jedem Recht gerichtet sein, seine Feststellung giebt die ersten Principien, nach denen das einzelne Recht zu beurtheilen ist.

Es giebt 5 Classen von Gegenständen. Diese entstehen aus jenen dreien, indem der dritte nicht bloß wie die zwei ersten als äußerlich möglich ist, sondern auch in den Berechtigten selbst gedacht werden kann: Personen außer dem Berechtigten, Person in dem Berechtigten. Der letzte Fall scheidet sich wieder in zwei: die eigene Person des Berechtigten und eine ursprünglich fremde, die er aber in sich aufgenommen hat. Also Sachen, Handlungen, Personen außer dem Berechtigten, Personen, die in ihn übergegangen sind, die eigene Person.

Hiernach giebt es fünf Classen von Rechten.

1. Classe: Rechte an der eigenen Person; sie stehen an der Spitze, sie sind ihrem Inhalt nach die Voraussetzung der andern. Das Recht an der eigenen Person ist das Recht der Persönlichkeit, die Persönlichkeit ist selbst ein Recht, insofern der Mensch sich ihrer bewußt wird, sie will, und darin selbstständig geschützt wird. Ein zweites kommt hinzu durch die Thätigkeit der Person auf die Außenwelt, Unterwerfung von Sachen; diese Unterwerfung läßt sich als eine factische auffassen: Besitz. Auch diese factische hat schon eine rechtliche Bedeutung durch die Persönlichkeit des Besitzers. Dies ist der Charakter des Besitzrechts.

2. Classe: Rechte an Sachen. Die Unterwerfung der Sache geht aus dem Besitz in das Eigenthum über, wenn sie eine rechtliche, d. h. für sich durch das Recht anerkannt ist. Zu dem Eigenthum kommen andere Rechte an Sachen, iura in re aliena hinzu.

3. Classe: Rechte an Handlungen. Dem Eigenthum ist eine Bewegung bestimmt, die Veränderungen in demselben werden rechtlich gestaltet und vorbereitet durch die Obligationen, deren Gegenstand eine Leistung, also die Handlung einer andern Person ist, aber eine Handlung, die einen Sachwerth hat, und darin besteht der innere Zusammenhang dieser mit der vorigen Classe.

4. Classe: Rechte an Personen außer dem Berechtigten. Diese Gestalt nehmen die Familienverhältnisse an: Ehe, elterliches und Kindesverhältniß.

5. Classe: Rechte an Personen, die in den Berechtigten übergegangen sind. Diese Gestalt nimmt die Erbfolge an. Das Erbrecht enthielt eine vermögensrechtliche Repräsentation des Erblassers durch den Erben, Recht am Vermögen. Dieselbe Rechtsform kommt noch für einige andere Güterübergänge vor.

Die Unterwerfung des Gegenstands läßt sich als eine totale (wobei der Gegenstand in die Unterwerfung völlig aufgeht) und als eine partielle denken. Bei der ersten Classe tritt dieser Unterschied noch nicht hervor. Bei der zweiten ist er vollkommen ausgebildet, beide Arten neben einander. Bei den übrigen ist die Unterwerfung nur eine partielle, der Gegenstand läßt keine totale zu.

Drittes Kapitel.

Die Entstehung und Endigung der Rechte.

Allgemeines.

§. 47.

Zur Existenz eines Rechts gehört 1) dessen Begründung durch eine Rechtsvorschrift, 2) ein Gegenstand, der vermöge desselben unterworfen ist, 3) eine Person, der das Recht zusteht. Erst durch das Hinzutreten eines Berechtigten ist das Recht entstanden. Entstehung ist daher Erwerb durch eine Person. Dieser Erwerb kann von doppelter Art sein, Erwerb eines vorher noch nicht vorhandenen Rechts, Erwerb eines bisher einem Andern zuständigen Rechts.

Dieser Unterschied fällt unter eine höhere Unterscheidung der Entstehung, die zu den einflußreichsten Rechtsbegriffen gehört.

Die Erwerbung kann

1) unabhängig von dem Recht eines Andern sein. Ich erwerbe, mag ein Anderer ein Recht an dem Gegenstand haben oder nicht, ja manche dieser Erwerbungen setzen das letztere sogar als ein Erforderniß voraus. Originäre Erwerbung, unvermittelt durch das Recht eines Andern.

2) Abhängig von dem Recht eines Andern, so daß dies eine Voraussetzung des Erwerbs ist. Das erworbene Recht leitet sich von jenem ab (derivativer Erwerb), der Andere ist auctor des Erwerbes [1]). Unter diesen Begriff fällt der überaus wichtige der Succession, der jedoch nicht der einzige Fall ist. Es kann jenes Erforderniß eintreten, und das erworbene Recht nicht identisch mit dem des Auctors sein, sondern dieser giebt nur einen besondern Bestandtheil seines Rechts ab, z. B. der Eigenthümer bestellt ein Servitut, ein Pfandrecht. Auch hier ist derivativer Erwerb, der unter der Regel der Note 1 steht, aber keine Succession vorhanden. Succession ist der derivative Erwerb, wenn das erworbene Recht dasselbe ist, wie das des Auctors; der Erwerb ist hier ein Eintritt in die Stelle des Auctors, das Recht des Auctors geht vollständig über auf den Erwerber (Successor). In dem Begriff der Succession liegen zwei Momente:

1) Erwerbung eines Rechts, das bisher ein Anderer hatte. Dies ist noch nicht hinreichend zum juristischen Begriff der Succession, sondern dasselbe findet sich auch bei dem originären Erwerb, z. B. Usucapion, Besitzübergang. Der Besitzerwerb ist nie eine Succession.

2) Eintritt in die Stelle des früher Berechtigten, der vermöge eines juristischen Verhältnisses zwischen dem Erwerber und dem Auctor geschieht. Dann geschieht es, daß der Erwerber dasselbe Recht erwirbt wie es der Auctor hatte; nicht bloß das gleiche, aber ein neues.

Die Succession ist entweder Singular- oder Universalsuccession. Die erste ist der Eintritt in einzelne Rechte, die zweite in die Persönlichkeit des bisherigen Berechtigten, nämlich in die vermögensrechtliche Persönlichkeit, bei der allein ein solche Succession, also der Eintritt in die Gesammtheit des Vermögens stattfindet. Es giebt Rechte, bei denen gar keine Succession möglich

1) L. 175. §. 1. D. de R. J. (50, 17.) L. 177. pr. eod.

ist, und Rechte, bei denen nur eine Universalsuccession stattfindet.

Wirksamkeit des Rechts setzt natürlich seine Entstehung voraus. Dies hat eine Ausnahme, wenn die Entstehung des Rechts schon begründet ist, abgesehen von einer Bedingung, welche seine wirkliche Existenz noch unentschieden macht. Diese Unentschiedenheit bewirkt, daß jetzt noch nicht von einer Existenz des Rechts die Rede sein kann. Dessenungeachtet ist eine Geltendmachung bedingter Rechte überall zulässig, wo Sicherung dringendes Bedürfniß ist. Darauf hat man die Eintheilung in gegenwärtige und zukünftige Rechte gebaut.

Auf der andern Seite ist Existenz ohne Wirkung nicht denkbar, daher, wenn ein Umstand eintritt, welcher dem Recht seine Wirkung gänzlich und definitiv entzieht, das Recht selbst als aufgehoben betrachtet werden muß. Wenn es auch vielleicht direct nicht aufgehoben ist, so ist sein Dasein doch nur ein Scheindasein[2]). Dagegen kann die Wirkung aufgeschoben sein, namentlich kann ein Recht existiren, und der Zeitpunkt seiner Geltendmachung noch nicht gekommen sein, z. B. ein Schuldner schuldet in diem.

§. 48.

Die Thatsache, mit der die Folge der Entstehung oder Endigung eines Rechts verknüpft ist, heißt Erwerbsart, Endigungsgrund. Jemehr diese Thatsache in die Erscheinung fällt, desto erkennbarer wird die Entstehung und Endigung der Rechte, desto mehr wird also auch die Untersuchung der Existenz des Rechts durch den Richter erleichtert. Großentheils besteht sie in einem bestimmten Act, und hier läßt sich diese Erleichterung durch Festsetzung einer angemessenen Form gewinnen. Allerdings aber giebt es auch andere Ereignisse, mit den das Recht diese Folge verknüpft: Ablauf einer gewissen Zeit, Erreichung eines gewissen Alters, Eintritt eines gewissen Zustandes 2c.

Es giebt keine allgemeine Entstehungs- und Endigungsarten, wohl aber gewisse allgemeine Momente gewisser Arten, so namentlich derer, die in einer Handlung oder die in einer Zeit bestehen. Davon wird in den folgenden §§. die Rede sein.

Vergl. noch das Lehrbuch, insbesondere Note f über die re-

---

2) L. 66. D. de R. J. (50, 17.)

merae facultatis, welche man so genannt hat, weil es in dem reinen Belieben des Berechtigten stehe (ohne nachtheilige Folgen für ihn zu haben), das Recht auszuüben oder nicht.

Verzicht ist ein reines Aufgeben, das nicht mit meinem weitern Inhalt verbunden ist. Die Behauptung der Note n d. Lehrb., daß es keine allgemeine Lehre vom Verzicht gebe, gilt vom gemeinen Recht. Particularrechte haben zum Theil Sätze allgemeiner Natur aufgestellt, z. B. nach Preußischem Landrecht ist kein stillschweigender Verzicht möglich. Dabei muß man dann den Begriff des Verzichts genau festhalten. Und hier werden dann oft Schwierigkeiten der Anwendung entstehen, namentlich durch Herbeiziehung von Entsagungen, die mit positivem Inhalt verbunden sind.

Handlungen als Entstehungs- und Endigungsarten von Rechten.

§. 49.

Ueber den Begriff der juristischen Handlungen, und der Rechtsgeschäfte insbesondere, sodann über die Erfordernisse s. das Lehrbuch.

Diese allgemeinen Begriffe werden in den folgenden §§. zur Anwendung zu bringen sein.

Subject der Handlung.

Handlungsfähigkeit.

§. 50.

Die Handlungsfähigkeit hängt von drei Erfordernissen der juristischen Handlung ab: Wille, Entschluß, Aeußerung. In allen drei Beziehungen können Personen von der Möglichkeit einer juristischen Handlung ausgeschlossen sein, indem sie dem einen oder andern Erforderniß nicht genügen können.

1) Am vollständigsten sind von allen Handlungen ausgeschlossen, Rechtsgeschäften und unerlaubten Handlungen, die Personen ohne Willensvermögen, die Vernunftlosen. Diese Ausschließung ist nicht eine juristische, sondern eine rein natürliche; schon eine natürliche Handlung ist diesen Personen unmöglich. Vor Allem gehören hierher die durch Geisteskrankheit der Vernunft

Beraubten, dilucida intervalla ausgenommen. Ebenso zu beurtheilen ist das Delirium im Fieber, der Zustand des Nachtwandelns, Somnambulismus überhaupt. Auch die Trunkenheit kann diesen Grad erreichen. In Beziehung auf Delicte aber erleidet dies eine Modification dadurch, daß das Sichversetzen in diesen Zustand selbst eine strafbare Handlung ist; der Trunkene ist in diesem Fall hinsichtlich des verübten Delicts wenigstens in Culpa. Zorn kommt in einem Fall als Hinderniß vor, die Verstoßung der Frau soll nicht wirksam sein, wenn die Aeußerung im höchsten Zornaffect geschah. Dies wird allerdings auch auf andere Willenserklärungen (z. B. das Ausschlagen einer Erbschaft) anzuwenden sein, sobald eine völlige Besinnungslosigkeit als Folge des Affects vorhanden war. Bei Delicten dagegen ist der Zorn kein Hinderniß. (Daher ist die Bestimmung ziemlich unpraktisch, weil die Möglichkeit, das Aeußerliche eines Rechtsgeschäfts vorzunehmen, der Annahme eines so hohen Zorngrads gemeiniglich widersprechen wird.)

Den Wahnsinnigen vollkommen gleichgestellt sind die infantes. In den ersten Lebensjahren fehlt die ausgebildete Vernunft, die für einen entschiedenen Willen, wie der rechtliche, vorausgesetzt wird. Auch diese Unfähigkeit der Kinder ist an sich eine natürliche, eine juristische Zuthat liegt nur darin, daß dieser Zustand schlechthin auf eine bestimmte Zahl von Jahren bestimmt ist.

Endlich haben kein Willensvermögen juristische Personen. Dies gilt nicht blos für universitates bonorum, sondern auch für universitates personarum, denn auch der Wille aller Glieder wäre nicht der Wille der juristischen Person. Die Glieder können nur die Eigenschaft von Repräsentanten haben (§. 53).

Alle die genannten Personen können also nur durch Stellvertreter in den rechtlichen Verkehr eingreifen. Natürlich leidet dies nur auf Rechtsgeschäfte Anwendung, denn für Delicte giebt es keine Stellvertretung. Daraus ergiebt sich, daß von dem Delict einer juristischen Person nicht die Rede sein kann. Man ist nur dadurch irre geworden, daß man die Handlung aller Glieder für eine Handlung der juristischen Person selbst gehalten hat. Daher ist keine Delictsklage gegen eine juristische Person möglich[1]). Etwas anderes ist, daß sie aus dem Dolus ihrer Re-

1) L. 9. §. 1. D. quod metus (4, 2): sive singularis persona sit, quae metum intulit, vel populus vel curia vel collegium vel corpus, huic edicto

präsentanten haftet, so weit sie dadurch bereichert ist[2]). Dies ist jedoch keine Delictsklage, sondern eine Verpflichtung ex re, ohne Handlung, die auch bei einem Handlungsunfähigen möglich ist.

2) Theilweise handlungsunfähig (beschränkt in der Handlungsfähigkeit) sind Personen, die des Verstandes und der Einsicht in die rechtliche Bedeutung der Handlungen nicht oder nicht in dem Grad mächtig sind, der für ihre Gültigkeit vorausgesetzt werden muß. Solche Personen sind unfähig zu den Handlungen, bei denen auf diese Einsicht ein Gewicht zu legen ist.

Hierher gehören vor allem die impuberes infantia maiores. Sie sind beschränkt a) in Beziehung auf Rechtsgeschäfte. Sie sind unfähig der Veräußerungs- und Verpflichtungsgeschäfte, also der Geschäfte, die eine Minderung des Vermögens in sich schließen, bei denen ihnen deshalb jener Mangel nachtheilig werden kann. Es giebt jedoch eine Anstalt, durch welche der Mangel der Handlungsfähigkeit ergänzt wird. Die Kraft der Ergänzung der Handlungsfähigkeit ist der förmlichen Ermächtigung des Unmündigen zu der Handlung durch eine Tutor, tutoris auctoritas, gegeben (§. 347): durch sie erhält die natürliche Handlung des Pupillen rechtliche Bedeutung, was bei furiosi und infantes nicht denkbar ist. Mit dieser Auctoritas kann der Unmündige, der einen Tutor hat (also sui iuris ist), alle jene Handlungen vornehmen, ohne sie wird er nur verpflichtet, so weit er bereichert ist, denn dann ist eine Verpflichtung ex re vorhanden, welche durch die Handlungsunfähigkeit nicht gehindert wird. Uebrigens ist die Auctoritas wohl zu unterscheiden von dem Fall der Repräsentation durch den Tutor, §. 53. Nach römischem Recht war es wichtiger als nach heutigem, daß jener Weg, den Pupillen selbst fähig zu machen, offen stand, weil die Repräsentation nicht überall zulässig war, wo sie es jetzt ist.

Der Erwerbshandlungen dagegen sind die Unmündigen fähig, d. h. reiner, wobei keine Veräußerung oder Verpflichtung concurrirt. Darin liegt der Unterschied von den infantes, welche auch der Erwerbshandlungen wegen des mangelnden Willens unfähig sind. Die unvollkommene Einsicht ist hier unschädlich.

Von einer Handlung sind sie noch ausgeschlossen, welche

---

locus erit. — Diese Stelle sagt nur, es sei gleich ob singularis persona metum intulit, oder populus, corpus etc., d. h. mehrere natürliche Personen.

2) L. 15. §. 1. D. de dolo m. (4, 3.)

weder unter die eine noch unter die andere Classe gehört, von der Testamentserrichtung. Hier ist eigene Einsicht unbedingt erforderlich, auch keine Auctoritas zulässig.

b) in Beziehung auf unerlaubte Handlungen. Sie sind weder doli noch culpae capaces. Eine Auctoritas ist hier natürlich unmöglich. Modificirt wird dieser Grundsatz dadurch, daß ein pubertati proximus der unerlaubten Handlungen fähig ist und dadurch verpflichtet wird, d. h. wenn der Unmündige so nahe an der Pubertät steht, daß bei ihm eine Einsicht in die Rechtswidrigkeit der Handlung vollkommen vorhanden ist. Es ist hier kein Unterschied zwischen dolus und culpa (wenn einer wäre, so müßte man sagen, daß der Unmündige für dolus früher fähig werde, denn die Verantwortlichkeit für Culpa ist die Ausdehnung, sie ist eine stärkere Zumuthung, als die, nicht dolose zu handeln). Für die Rechtsgeschäfte gilt diese Modification nicht.

Den impuberes gleichgestellt sind die prodigi, welche durch ihre verschwenderische Lebensart denselben Mangel an Einsicht in den Werth der Güter kund gegeben haben. Dazu wird vorausgesetzt ein obrigkeitliches Decret, die Prodigalitätserklärung. Jene Gleichstellung hat drei Beschränkungen, a) auf die Rechtsgeschäfte, denn nur für diese ist die mangelnde Einsicht vorhanden, b) es findet bei ihnen keine auctoritas tutoris statt; c) gewisse Rechtsgeschäfte, welche Verpflichtungen und Veräußerungen enthalten, sind ausgenommen, wenn sie vortheilhaft sind, als Ersatz für die Unstatthaftigkeit einer auctoritas[3]). Die Gleichstellung der Prodigi mit den Wahnsinnigen bezieht sich auf die Cura, nicht auf die Handlungsfähigkeit.

Im ältern Recht wurden auch die Frauen wie Unmündige in Beziehung auf Rechtsgeschäfte behandelt, mit unbedeutenden Abweichungen. Auch bei ihnen war also auctoritas tutoris nothwendig. Im neuern Recht ist dies jedoch weggefallen, das Geschlecht macht nicht mehr handlungsunfähig. Nur ganz ausnahmsweise ist ihnen die Fähigkeit zu gewissen Rechtsgeschäften, namentlich Intercessionen, entzogen.

3) Eine theilweise Handlungsunfähigkeit kann auch das dritte Erforderniß der Handlung, die Willensäußerung, veranlassen. Diese ist größtentheils eine rein natürliche, welche nur so

---

3) L. 3. D. de novat. (46, 2). L. 5. D. de adqu. hered. (29, 2.)

weit reicht, als die natürliche Unmöglichkeit. Ein solches Hinderniß ist denkbar bei Delicten (z. B. der an allen Gliedern Gelähmte wird keinen Raubmord begehen können, außer durch Anstiftung); ebenso bei Rechtsgeschäften der Form wegen (z. B. Abwesenheit, wo Gegenwart erforderlich ist, Stummheit, Taubheit, wo Reden und Hören zur Form gehört).

Aber es giebt auch eine hierher gehörige Unfähigkeit, welche auf juristischen Gründen beruht, die Unfähigkeit der Unmündigen zu gerichtlichen Handlungen (Mangel der persona standi in iudicio), abgesehen von dem Inhalt der Handlung. — Auch hier ist aber Ergänzung durch auctoritas tutoris möglich, die natürlich bei jenen rein natürlichen Unfähigkeiten nicht denkbar ist.

Dispositionsbefugniß.

§. 51.

Die Rechtsgeschäfte enthalten eine Verfügung über einen gewissen Gegenstand. Dadurch wird die Dispositionsbefugniß ebenfalls ein Erforderniß der Gültigkeit und Wirksamkeit dieser Handlungen, da der Gegenstand in dem Bereich der rechtlichen Einwirkung des Handelnden liegen muß.

Diese Dispositionsbefugniß kann ausgeschlossen sein

1) durch die Eigenschaft des Gegenstandes überhaupt, wenn dieser überall der Privatdisposition entzogen ist. Solche Gegenstände sind vor allem die Rechtssätze selbst (ius publicum in diesem Sinn), welche durch Privatwillen nicht verändert werden können. Jedes Rechtsgeschäft, das eine solche Veränderung involviren würde, ist ungültig, ius publicum privatorum pactis mutari non potest. Wenn daher ein Rechtssatz etwas schlechthin gebietet oder verbietet, so hat kein Rechtsgeschäft die Wirkung, das Gegentheil zulässig zu machen, z. B. die Einsetzung eines tutor aneclogistus. Aber auch andere Rechtssätze können in ihren Voraussetzungen rc. nicht verändert werden, z. B. der Erblasser kann nicht das beneficium inventarii geben durch Erlaß des Inventars, kein Erblasser kann eine Intestaterbfolge im Testament festsetzen. Mit andern Worten: Rechtsgeschäfte können keine Rechtssätze machen, sondern nur Rechte geben. (Eine Modification dieses Grundsatzes ist das Recht der Autonomie.)

Es giebt Sachen, die der Privatdisposition entzogen sind, res quarum commercium non est. Auch dergleichen im Eigen-

thum einer Gemeinde sich befindende Sachen können nicht zum Gegenstand willkührlicher Verfügung dieser gemacht werden, sie müßten denn erst ihre Eigenschaft als res in publico usu, oder sanctae verlieren, was nur durch die gesetzgebende Gewalt geschehen kann.

2) durch das Verhältniß des Disponirenden zum Gegenstand. Der Gegenstand muß der Disposition dieses Subjects unterworfen sein. Rechtsgeschäfte können nicht die Wirkung haben, fremde Rechte zu beeinträchtigen.

Deshalb können Verträge über fremde Sachen unwirksam sein, wenn schon sie es nicht schlechthin deshalb sind, weil sie sich auf fremde Sachen beziehen (z. B. Besitzübertragung, die Verpflichtung sie zu prästiren). Wohl aber ist keine Eigenthumsübertragung (wofern nicht ein anderes Recht dazu berechtigt), keine Servitutenbestellung, keine Verpfändung mit der Wirkung des Pfandrechts rc. an fremden Sachen zulässig.

Das Hinderniß, welches in dem Recht eines Andern liegt, wird (sofern jener sein Recht aufgeben kann) durch seine Zustimmung, Consens, gehoben. Ein solcher Consentient ist Nebenperson, nicht Hauptperson bei den Rechtsgeschäften Anderer, zu denen er consentirt. Er muß die Wirkung, welche das Rechtsgeschäft durch seinen Consens erhält, anerkennen, keineswegs übernimmt er sonstige Verbindlichkeiten aus demselben, z. B. der Consentient zu einem Kauf haftet nicht der actio emti, der zu einer Verpfändung Consentirende nicht der pigneraticia actio contraria.

Dieselbe Wirkung hat auch die nachfolgende Genehmigung, ratihabitio. Und zwar gilt diese Gleichheit der Wirkung auch in Beziehung auf die Zeit. Ihre Wirkung datirt sich nicht von dem Augenblick der Ratihabition, sondern von dem des Geschäfts: omnis ratihabitio retrotrahitur. Diese Zurückbeziehung wird als Wille des Ratihabenten bei dieser Handlung angenommen. Daraus ergeben sich zwei Einschränkungen für die Retrotraktion, 1) wenn er erweislich den entgegengesetzten Willen gehabt hat, 2) wenn und soweit sein Wille diese Wirkung nicht hervorbringen kann. Der Ratihabent kann durch seine Ratihabition niemanden ein Recht geben, das er nicht durch sein eigenes Rechtsgeschäft hätte geben können, z. B. der Eigenthümer, der es seit einem halben Jahre ist, kann nicht eine vor einem (halben) Jahr von einem Andern geschehene Verfügung ratihabiren. 3) kann endlich durch die

persönliche Stellung des Disponirenden die Ratihabition beschränkt sein. Diese kann nämlich von der Beschaffenheit sein, daß ihm die Verfügung über seine Rechte durch Rechtsvorschrift untersagt ist. Ein solches ist der Fall bei bevormundeten Personen. Die Bevormundung entzieht dem Bevormundeten die Administration, und damit die Entscheidung über die Vornahme dahin einschlagender Rechtsgeschäfte, welche eine Verminderung des Vermögens enthalten: Veräußerungen und Verpflichtungen. Wenn der Bevormundete handlungsfähig ist, so entzieht ihm die Vormundschaft nicht diese Fähigkeit; er bedarf also dann zu dem Act der Handlung selbst keiner Mitwirkung des Vormunds (keiner Auctoritas). Aber die Entziehung der Administration bringt ein ähnliches Resultat mit sich, er kann Handlungen der bezeichneten Art nicht ohne die Entscheidung (Consens) des Vormunds gültig vornehmen. Das Hinderniß ist hier nicht ein Mangel der Handlungsfähigkeit, wohl aber der Dispositionsfähigkeit, was auf denselben Erfolg hinausführt.

Nach diesem Princip ist denn auch die Streitfrage über das Hinderniß, welches für die Minderjährigen aus der Vormundschaft in Hinsicht auf ihre Rechtsgeschäfte hervorgeht, zu entscheiden.

Puberes minores sind vollkommen handlungsfähig, sowohl in Beziehung auf Delicte, als auf Rechtsgeschäfte. Die Möglichkeit der in integrum restitutio bei Rechtsgeschäften enthält keine Modification, dieselbe setzt vielmehr eine gültige Handlung gerade voraus.

Welchen Einfluß hat nun die Bevormundung? Zum Verständniß der Quellen ist es nöthig, daran zu erinnern, daß nach römischem Recht derselbe ein willkührlicher, erst nach heutigem ein nothwendiger ist. Man hat behauptet, schon im neuern römischen Recht sei die Bevormundung als der häufigere Fall vorauszusetzen. Dies Factum als solches kann dahin gestellt bleiben. Da die Bevormundung von Seiten des Minor freiwillig ist, hat es wenigstens nicht die Eigenschaft einer rechtlichen Regel.

Entschieden verliert der bevormundete Minor die Veräußerungsfähigkeit, sofern die Veräußerung auf seinem eigenen Entschluß beruht; er bedarf des Consenses seines Curators [1]), weil

---

1) L. 3. C. de in integr. rest. minor. (2, 22.)

die Veräußerungsfähigkeit ein Theil der Administration ist, die dem Minor genommen, dem Curator gegeben ist.

Alles Bisherige ist unbestreitbar. Bestritten ist dagegen die Nothwendigkeit des Consenses bei Verpflichtungen. Die gemeine Meinung ist dafür, eine Anzahl neuerer Juristen dagegen[2]). Die Minores sind der Verpflichtungs**handlungen** nicht unfähig, sie sind nicht den Impuberes gleichgestellt. Daher ist die Mitwirkung und der Beistand des Curators bei der Abschließung solcher Geschäfte nicht nothwendig, gleich dem Beistand des Curators bei Impuberes. Dies sagt L. 101. D. de V. O. (45, 1.) vergl. mit fr. vat. 110 non curatore praesente. Damit ist noch nichts über die Nothwendigkeit des Consenses entschieden, der vorausgehen oder nachfolgen kann. In dieser Beziehung auf den Consens liegt der gemeinsame Fehler der bisherigen Erklärungen der angeführten Stelle. Er findet sich 1) bei den Vertheidigern der gemeinen Meinung, welche willkührliche Suppositionen machen, um diese Stelle damit zu vereinigen oder durch grundlose Emendationen zu helfen suchen; 2) bei den Anhängern der entgegengesetzten Meinung, deren Hauptgrund eigentlich der einzige dieser Stelle ist, während die übrigen Gründe kaum scheinbar zu nennen sind (s. Note d. des Lehrbuchs).

Die gemeine Meinung stellt sich aus innern und äußern Gründen als die einzig haltbare dar.

1) Innere Gründe. Die Entscheidung über Verpflichtungen ist ein Bestandtheil der Administration so gut als die über Veräußerungen. Auch bei der Handlungsfähigkeit werden Veräußerung und Verpflichtung immer zusammengestellt, z. B. beim Prodigus[3]). Eine Trennung beider wäre höchst unpassend. **Savigny** hat zwar dafür angeführt, bei Verpflichtungen sei noch nichts entzogen, und es sei bei ihnen die in integrum restitutio vollkommen ausreichend. Aber die letztere ist ein sehr beschränkt zulässiges Rechtsmittel. Gerade umgekehrt kann man sagen, hier sei leichter Gefahr, daß der Verletzte die Restitutionszeit verstreichen lasse, als wo er schon etwas entbehre oder vermisse. Dazu kommt, daß der Realität nach auch die Verpflichtung eine Ver-

2) **Marezoll**, Zeitschr. für Civilr. II. 12, v. **Savigny** in der Zeitschr. für geschichtl. Rechtsw. X. S. 287, **Rudorff**, Recht der Vormundsch. S. 284 ff., v. **Vangerow**, Leitfaden I. S. 463 ff.

3) L. 6. D. de V. O.

äußerungen ist. Das Geschuldete vermehrt nicht mehr das Vermögen, sondern umgekehrt wird dasselbe durch die Verpflichtung gemindert. Es wäre unweise gewesen, wenn die römischen Juristen sich an die äußere Form gehalten und die Realität vernachlässigt hätten.

2) Aeußere Gründe, Entscheidungen des geschriebenen Rechts. Der Consens ist nothwendig a) bei Arrogation (seit Claudius); dies entscheidet nicht. b) Bei Veräußerungsverträgen auch hinsichtlich der daraus entstehenden Verpflichtungen[4]), wo der Minor mit dem Prodigus verglichen wird. c) Bei Führung von Processen, offenbar auch wegen der Verpflichtung, d) beim Dotalversprechen, das man im Hinblick auf den favor dotis wohl nicht ungünstiger behandelt haben würde, als ein anderes. e) Beim Erbschaftsantritt; auch hier aus keinem andern Grund, als weil stets eine Verpflichtung damit verbunden ist. Dieses ist vollkommen entscheidend[5]).

Oben war von der Ratihabition eines Dritten die Rede, dessen Recht ein Hinderniß der Wirkung eines Rechtsgeschäfts ist. Wenn das Hinderniß in der Person des Handelnden selbst lag, so ist auch hier eine nachfolgende Ratihabition denkbar, die also von dem Handelnden selbst ausgeht, und dadurch von jener sich unterscheidet, z. B. der Minderjährige ratihabirt das ungültige Geschäft nach erlangter Großjährigkeit, der Wahnsinnige nach erfolgter Genesung ꝛc. Bei der Beantwortung der Frage, ob auch diese Ratihabition retrotrahirt werde[6]), ist zu unterscheiden, ob das Geschäft nichtig war oder nur anfechtbar. Im ersten Falle findet entschieden keine Retrotraction statt, weil es an dem Anknüpfungspunkt der früheren Wirkung fehlt. Die Ratihabition ist in der That eine neue Schließung des Geschäfts, mit allen Erforderniſſen und mit der Wirkung der gegenwärtigen Schließung.

Im zweiten Fall kann man allenfalls sagen, es finde Retrotraction statt, nur ist das nicht der eigentliche Ausdruck der Sache, z. B. das Geschäft ist der in integrum restitutio unterworfen oder wegen Zwangs anfechtbar, s. unten. Das wahre Verhältniß ist dieses. Das Geschäft ist gültig, seiner Wirkung steht nur das

4) L. 3. C. de in integr. restit. minor.
5 Vergl. noch Beilage II.
6) Vergl. Note c. des Lehrbuchs a. E.

Recht der Anfechtung entgegen. Dies Recht fällt durch die Ratihabition weg, also ist natürlich zu entscheiden, daß das Geschäft wirksam ist, wie wenn die Möglichkeit der Anfechtungen nie entgegengestanden hätte.

In der Mitte zwischen beiden Fällen steht der einer Schenkung des Vaters an die Kinder in seiner Gewalt, oder unter Ehegatten. Die Schenkung ist nichtig, aber Convalescenz möglich durch den Tod ohne Revocation, oder mit ausdrücklicher Bestätigung. Hier wird nun nach Justinian [7]) die Nichtigkeit wie bloße Revocabilität behandelt, es findet also Retrotraction statt. Die vorhin gegebene Regel von der Nichtigkeit wird dadurch nicht aufgehoben, sondern vielmehr ausdrücklich bestätigt. Wenn die Schenkung noch aus einem andern Grund ungültig ist, z. B. wegen mangelnder Insinuation, so kann auch dieser Mangel durch letztwillige Bestätigung beseitigt werden, aber es soll insoweit die Wirkung erst von der Bestätigung datirt werden.

Handlung durch Stellvertreter.

§. 52.

Die Frage ob man Handlungen durch Stellvertreter vornehmen könne, mit derselben Wirkung wie wenn der Repräsentirte selbst sie vorgenommen hätte, entsteht vor allem für Handlungsunfähige, für welche die Repräsentation die einzige Möglichkeit einer Handlung darbietet, ebenso aber auch bei Handlungsfähigen, da auch diese in dem Fall sein können, aus natürlichen Gründen von der eigenen Vornahme abgehalten zu sein, z. B. wegen Abwesenheit oder sonstigen Verhinderungen, vielleicht auch aus Rücksicht auf die größere Geschicklichkeit des Repräsentanten.

Sie bezieht sich vor allem nur auf Rechtsgeschäfte, denn in Delicten giebt es keine Vertretung. Der Auftrag ein Delict zu begehen (die intellectuelle Urheberschaft), ist selbst das Delict, und auch abgesehen davon ist Niemand in der Stellung, im Namen eines Andern eine unerlaubte Handlung vorzunehmen.

Bei Rechtsgeschäften aber sind zwei Fälle auszuscheiden, worin keine Repräsentation enthalten ist. Die Repräsentation besteht nämlich darin, daß der Handelnde für eine andere Person

---

7) L. 25. C. de don. inter vir. et ux. (5, 16.)

handelt, für welche diese fremde Handlung für eine eigene gilt. Keine Repräsentation ist es 1) wenn die Thätigkeit nicht Vornahme eines Rechtsgeschäfts, sondern nur Ueberbringung, Mittheilung eines fremden Willens ist. Daher ist der Bote nicht Repräsentant. Das mit Hülfe eines Boten geschlossene Geschäft wird von dem Absender in eigner Person geschlossen.

2) Wenn der Handelnde zwar ein Geschäft schließt, aber nicht für den Andern, für den es zwar eine Wirkung haben kann, jedoch nicht die, als eigene Handlung zu gelten, z. B. Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit, wodurch der bisherige Schuldner befreit wird, oder Zahlung. Der Schuldner wird frei, wie wenn er selbst gezahlt hätte, aber er gilt darum nicht als ein selbst Zahlender, sobald er nicht den Auftrag dazu gegeben hat.

Die Möglichkeit der Repräsentation ist offenbar ein künstliches Institut, das für die Sicherheit und Gewißheit der Rechtsverhältnisse nicht ohne bedenkliche Folgen sein kann. Einmischung von Mittelspersonen dient nie zur bessern Verständigung. Der natürliche Standpunkt, den ein Recht in dieser Beziehung einnehmen kann, ist daher das Princip: wer durch Handlungen erwerben oder verpflichtet werden soll, muß diese Handlung selbst vornehmen. Soll ein Anderer diesen Erwerb ꝛc. vermitteln, so kann dies so geschehen (vorausgesetzt, daß das Verhältniß dem nicht widerspricht), daß er selbst in das Rechtsverhältniß eintritt, und nachher eine Uebertragung an den Dominus stattfindet, wie z. B. beim Eigenthumserwerb. (Eine eigentliche Repräsentation wäre dagegen, wenn das Recht nicht durch den Repräsentanten hindurchzugehen brauchte.) Dieses Princip, wonach eine Repräsentation eigentlich nicht zulässig ist, hat das römische Recht. Aber es hat die Modification zugelassen, wo ein unausweichliches Bedürfniß sie forderte, und diese Bedürfnisse werden sich bei vorschreitender Cultur und auch schon bei Ausdehnung des Staates vermehren.

Es giebt aber Verhältnisse, welche die Nothwendigkeit einer Repräsentation in sich tragen. Dies ist der Fall bei einer Gewalt, wenn diese den Inhalt hat, daß der Unterworfene dem Gewalthaber erwirbt. Wenn hier auch ein Erwerb durch den Repräsentanten angenommen wird, so hat dies doch vermöge jenes Rechtssatzes die unmittelbare Folge des Erwerbs des Repräsentirten. Hierauf bezieht sich daher jene die Repräsentation beschränkende Regel nicht. Diese wird vornehmlich wirksam bei

den Repräsentationen, welche auf dem freien Willen, auf der Wahl des Repräsentanten beruhen.

Drei Classen von Fällen sind in Beziehung auf die Statthaftigkeit einer Repräsentation (insbesondere also einer freien) zu unterscheiden.

1) Vollkommene Repräsentation, welche darin besteht, daß durch das Geschäft des Repräsentanten unmittelbar das dadurch bewirkte Verhältniß in dem Dominus hervorgebracht wird, ohne durch den Repräsentanten hindurchzugehen. Eine solche Vertretung ist die Ausnahme von jenem Grundsatz. Das römische Recht läßt sie nur zu bei dem Besitzerwerb, und damit bei dem Rechtserwerb, der davon abhängig ist, z. B. Tradition als Eigenthumserwerb. Dieser Satz wird so ausgedrückt: Die naturalis adquisitio sei durch freie Repräsentanten zulässig; ein Ausdruck, der nur scheinbar ein allgemeiner ist. Auch den Erwerb der bonorum possessio, und auch unter gewissen Umständen der hereditas (nämlich bei schlechthin Handlungsunfähigen) hat man dahin gestellt. Justinian hat noch einen einzelnen Fall, die unmittelbare Erwerbung eines Pfandrechts durch Vertrag des Procurators [2]) hinzugefügt.

Im heutigen Recht ist durch unzweifelhafte Praxis diese vollkommene Repräsentation noch weiter ausgedehnt. Jede Erwerbung des Eigenthums durch Handlung ist auf diesem Wege möglich (mit Ausnahme der Erwerbung des Civilerbrechts, abgesehn von gewissen einzelnen Fällen), ferner der Erwerb der iura in re.

2) Unvollkommene Repräsentation. Diese besteht darin, daß das Rechtsverhältniß durch den Repräsentanten hindurchgeht, und erst von ihm durch eine Uebertragung oder was deren Stelle vertritt an den Repräsentirten kommt. Nach römischem Recht findet dieselbe statt bei den civiles adquisitiones, die nicht unter 1) fallen, nur mit Ausnahme derjenigen der nothwendigen Repräsentation (s. oben), welche nach heutigem Recht unter die Fälle von 1) getreten sind.

Dagegen gehört nach heutigem Recht noch wie nach römischem hieher die Entstehung der Obligationen (§. 273). Durch den Contract wird der Repräsentant Gläubiger, aber die Forderung geht durch eine (stillschweigende) Cession auf den Repräsen-

1) S. L. 2. C. per quas pers. (4, 27) vergl. L. 11. §. 6. D. de pign. act. (13, 7.) L. 21 pr. D. de pignor. (20, 1.)

tirten über. Nur bei den in potestate Befindlichen ist es anders, sofern sie für den Gewalthaber erwerben; die Forderung entsteht hier unmittelbar in der Person des Letzteren. Auch in Beziehung auf die Verbindlichkeit gilt der Grundsatz, daß der Handelnde Schuldner wird, und dasselbe ist auch auf die in potestate Stehenden anzuwenden (weil diese der Schulden fähig sind). Aber aus gewissen Gründen haftet der Repräsentirte dem Gläubiger, so daß dieser den Handelnden und den Dominus zum Schuldner hat.

Einige Juristen haben geglaubt, es sei schon nach römischem Recht bei naturalen obligatorischen Geschäften (z. B. Kauf, Darlehn) eine vollkommene Repräsentation zulässig gewesen, nicht dagegen bei civilen (z. B. Stipulation), so z. B. Savigny [2]). Diese Ansicht beruht auf einer unstatthaften Generalisirung jener Regel von naturalem und civilem Erwerb, und auf einem Mißverständniß der L. 53. D. de adquir. dom. (41, 1) [3]). Aus den Worten „veluti stipulationem" wird geschlossen, es erstrecke sich der Gegensatz auch auf die Obligationen. Aber jenes Beispiel ist offenbar eine Interpolation statt mancipatio, dies ergiebt sich 1) aus dem Gegensatz possessio, sonst würde hier auch ein Contract genannt worden sein, 2) aus dem Umstand, daß nicht alle Stipulationen contractus iuris civilis sind, 3) aus einer andern Stelle [4]), welche die Ausnahme entschieden auf den Besitz beschränkt.

Die Ausschließung der Obligationen von der vollkommenen Repräsentation beruht nicht auf einem besondern historischen Grund, sondern auf der Natur dieses Rechtsverhältnisses, und diese gilt auch für das heutige Recht.

3) Gar keine Repräsentation ist möglich in allen Fällen, wo eine unvollkomene Repräsentation nicht möglich ist, weil ein Durchgang durch die Person des Repräsentanten nicht gedacht werden kann, und doch auch die vollkommene nicht zugelassen worden ist. Dahin gehört die Erwerbung der hereditas, die Errichtung eines Testaments (welche eine vorhergehende Uebertragung

2) Savigny, System III. §. 113.

3) „Ea quae civiliter adquiruntur, per eos qui in potestate nostra sunt, adquirimus, veluti stipulationem; quod naturaliter adquiritur, sicut est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere adquirimus."

4) L. 1. C. per quas pers. nobis adquir. (4, 27): Excepta possessionis causa per liberam personam, quae alterius iuri non est subdita, nihil adquiri posse, indubitati iuris est.

des Vermögens als Gesammtheit an den Repräsentanten voraussetzen, die nicht möglich ist), die Einwirkung auf Familienverhältnisse (Adoption, Emancipation, Eheschließung).

Von den Repräsentationsverhältnissen selbst.

§. 53.

1) Gewaltverhältniß. Für den Erwerb ist mit Ausnahme des Besitzes nur dieses erforderlich (s. §. 130). Der Wille des Gewalthabers muß hinzukommen bei den Veräußerungen und Verpflichtungen, entweder anfänglich oder durch Genehmigung, und dort kann er entweder ein specieller (Befehl), oder genereller (durch concessio peculii) sein.

2) Verhältniß des Erben zum Erblasser. Hierüber wird das Nähere an den einzelnen Orten gegeben werden.

3) Repräsentationsgewalt bei einer juristischen Person, namentlich Corporation. Diese wird durch die Verfassung derselben bestimmt, durch welche jene Gewalt einem Einzelnen, oder Mehreren, oder allen Gliedern übertragen, oder auch so bestimmt sein kann, daß sie durch Zusammenwirken verschiedener Behörden ausgeübt wird. Der verfassungsmäßige Beschluß gilt als Wille der juristischen Person. Die Ausführung kann durch dieselben oder durch verschiedene, durch ständige (Beamte) oder unständige Stellvertreter geschehen.

Bei der natürlichen Repräsentation durch die Glieder der Corporation ist noch folgendes Moment von Einfluß. Bei einer Corporation, welche dauern soll, sind die gegenwärtigen Glieder nur ein kleiner Theil der natürlichen Repräsentanten gegenüber der Zukunft. Dieselben können daher auch in ihrer Gesammtheit keinen Beschluß fassen, der die Fortdauer der Corporation oder die Mittel dieser Fortdauer beeinträchtigt. Hier ist eine Vertretung der künftigen Glieder durch eine über der Corporation stehende Macht nöthig. Daher sind Veräußerungen von Corporationsgütern, namentlich unbeweglichen, analog wie bei Bevormundeten nur mit obrigkeitlicher Bewilligung möglich. Bei den Gemeinden folgt dies auch aus ihrem Verhältniß zum Staat, dessen Bestandtheile und Grundlagen sie sind. Ebenso verhält es sich bei Kirchengemeinden gegenüber der Kirche überhaupt.

4) Repräsentationsverhältniß der Beamten. In einem Amt

kann die Repräsentationseigenschaft begründet sein, so bei den Beamten einer juristischen Person, ferner bei dem Vormund und dem öffentlich bestellten Verwalter. Diese Eigenschaft beruht nicht auf dem Willen des Repräsentirten, die Repräsentationsbefugnisse leiten sich daher auch nicht aus diesem Willen ab, sondern aus der rechtlichen Vorschrift, die und so weit sie diese Function in das Amt legt. Durch rechtliche Vorschrift also bestimmt sich hier der Umfang der Repräsentationsbefugnisse. Wegen des Vormundes s. die Lehre von der Vormundschaft.

5) Repräsentationsverhältniß der Bevollmächtigten, procuratores (— domini). Dies ist das freiste Repräsentationsverhältniß (frei von Seiten des Repräsentanten und des Repräsentirten, während 1 nur frei von Seiten des letzten, 2—4 nur frei von Seiten des Repräsentanten). Die Eigenschaft beruht auf dem Willen des Dominus, Mandat, Vollmacht oder Ratihabition, und von dieser Vollmacht hängt auch der Umfang der Repräsentationsbefugniß ab.

Die Vollmacht ist entweder eine Special- oder Generalvollmacht. Diese Begriffe sind relativ, indem dieselbe Vollmacht nach verschiedenen Seiten hin beide Prädicate haben kann. Häufig werden die Begriffe zu absolut genommen, z. B. der procurator universalis (omnium bonorum), generalis, der alle Geschäfte einer gewissen Art hat, steht dem specialis, der nur ein einzelnes Geschäft besorgt, gegenüber. Der letzte ist allerdings in diesem Gegensatze specialis, aber insofern auch das einzelne Geschäft eine Mehrheit von Handlungen begreift, ist auch er generalis.

Je specieller die Vollmacht ist, desto weniger natürlich entsteht ein Zweifel hinsichtlich des Umfanges der Repräsentationsbefugnisse. Bei der Interpretation einer generellen darf man nicht über den wesentlichen Inhalt des Genus hinausgehen. Ein Beispiel bietet der Vergleich, zu dem die Proceßvollmacht an sich nicht ermächtigt [1]).

Von dem procurator omnium bonorum gelten folgende Grundsätze. Vor Allem ist zu untersuchen, ob ihm bloß custodia, Obhut, Sorge für die Erhaltung, oder administratio, volle Vermögensverwaltung übertragen ist. Dort hat er kein Recht zu Veräußerungen, ausgenommen die zur Erhaltung der Sache selbst

1) L. 60. D. de procur. (3,3.) L. 17. §. 3. D. de iurei. (12,2.)

unumgänglich nothwendigen, hier auch zur Veräußerung, nicht aber zur Liberalität.

Aber dies ist nur der allgemeine Charakter der Vollmacht, die Anwendung auf die besondern Fälle muß erst durch besondere Untersuchung ihres ausdrücklichen oder vermuthlichen Inhalts entschieden werden. Wenn ein Procurator im Allgemeinen Veräußerungsbefugniß hat, so liegt darin noch nicht, daß er davon auch in jedem einzelnen Fall Gebrauch machen darf.

Im Mittelalter stellte man, um die Entscheidung zu erleichtern, folgende Theorie auf: Es komme darauf an, ob in der Vollmacht der Ausdruck cum libera gebraucht sei oder nicht. Dort könne der Procurator eine volle Anwendung der Veräußerungsbefugniß machen, ohne daß der Dominus dieselbe anfechten könne, hier nur im Fall der Noth. Daher dürfe er dort auch ohne Weiteres Vergleiche schließen, Eide zuschieben, hier nicht. Darin glaubte man eine Vereinigung der scheinbar widersprechenden Stellen gefunden zu haben [2].

Diese Theorie ist jedoch weder dem römischen Recht, noch der Natur der Sache angemessen. Das Wahre ist folgendes: Bei der Anwendung, welche der Procurator von seiner Administrationsbefugniß gemacht hat, kommt es

1) darauf an, ob der Dominus ihm eine beschränkte Instruction gegeben, also gewisse Handlungen, welche sonst in der Administration liegen würden, ausgenommen hat. Ist dies nicht der Fall, so hat er libera administratio. Dieser Ausdruck bedeutet also nicht einen positiven Zusatz, sondern nur, daß nichts weggenommen ist.

2) Auch bei der libera administratio hängt der Procurator noch von dem vermuthlichen Willen des Dominus ab. Er wird daher in der Art, wie dieser es thut, zu administriren haben, im andern Falle überschreitet er seine Administrationsbefugniß, und der Dominus ist nicht daran gebunden. Daher muß als Regel gelten, daß er nicht ohne Noth veräußern darf. Diese Regel kann aber Ausnahmen haben, wenn nämlich der Dominus selbst seine Güter mehr nur wie eine feile Waare, als bloßes Mittel des Gewinns durch Umsatz ꝛc. behandelte. So kann also das

---

2) S. L. 58. 59. D. de procur. (3, 3.) L. 17. §. 3. D. de iurei. (12, 2) und L. 12. D. de pign. act. (13, 7.) L. 63. D. de procur.

Princip in einem Fall auf Entscheidung für, in dem andern gegen eine gewisse Aeußerung führen. Dies drückt das geschriebene Recht aus, welches also hier von einem Widerspruche weit entfernt ist.

Act der Handlung [1].

§. 54.

Das zweite Moment bei Handlungen ist die Handlung selbst. Diese besteht aus Wille und Aeußerung. Bei Rechtsgeschäften insonderheit besteht die Aeußerung immer in einer Erklärung des Willens, welche die Einwirkung auf Rechtsverhältnisse zur Absicht hat.

Daher hat der Act der Handlung drei Erfordernisse: Wille, Erklärung, Uebereinstimmung beider. Hiermit ist das System der folgenden §§. bezeichnet.

Unter den Rechtsgeschäften nehmen einen vorzüglichen Platz die Verträge ein. Häufig ist der Begriff des Vertrags zu eng genommen, und bloß auf Obligationen bezogen worden. Dies hat die wichtige Folge gehabt, daß man auch andere Verträge nach den Principien der obligatorischen hat beurtheilen wollen. Vertrag ist aber eine ganz allgemeine Rechtsform und schließt jedes Rechtsgeschäft ein, welches in der Willenserklärung Mehrerer besteht, mit der übereinstimmenden Absicht, ein Rechtsverhältniß durch dieses Zusammenwirken der Willen zu begründen oder zu modificiren.

Der Wille.

Einfluß der Motive.

§. 55.

Juristisch relevant ist das Dasein des Willens, nicht das Motiv, dessen Berücksichtigung der moralischen Betrachtung angehört. Modificationen finden statt bei unerlaubten Handlungen. Hier ist das Dasein eines rechtswidrigen Willens dolus und culpa, darin liegt also keine Modification. Berücksichtigt werden aber die Motive insofern, daß zuweilen wegen des sonst löblichen Motivs Absicht nicht als dolus gilt. Dolus nämlich ist nicht bloße

1) S. das Lehrbuch.

Absicht, sondern ein auf Rechtswidrigkeit als solche gerichteter Wille; dieser kann durch das Motiv ausgeschlossen werden. Bei Rechtsgeschäften wird auf das Motiv Rücksicht genommen, insofern es ihm seinen Inhalt giebt (z. B. Geben ob causam futuram), nicht insofern es nur äußere Veranlassung war. Doch giebt es Ausnahmen bei der Furcht und zuweilen beim Irrthum.

Furcht.

§. 56.

Es ist jemand durch Furcht bewogen einen Entschluß gefaßt und ausgeführt haben. Er würde die Handlung ohne die Furcht nicht gethan haben; dessenungeachtet ist der Act durch seinen Willen hervorgebracht, ein wirklicher Willensact. Er hat seinen Entschluß durch die Furcht vor einem drohenden Uebel bestimmen lassen; die Handlung ist aber ebendarum doch sein Wille, sein Entschluß. (Wenn man solche Handlungen unfreie genannt hat, so ist dies ein sehr uneigentlicher Ausdruck, wie man dabei nie vergessen darf.) Die consequente Folge davon ist, daß die Handlung wirklich existirt, wie natürlich, so auch juristisch. Man kann nicht sagen, daß die Handlung nichtig sei.

Es ist nicht zulässig, für diesen einfach vernünftigen Satz besondere historische Gründe aufzusuchen, wie z. B. von Mühlenbruch geschehen ist, der hier einen Einfluß der stoischen Philosophie („es soll sich niemand durch Zwang oder Furcht bestimmen lassen") auf die römischen Juristen annimmt. Diese Behauptung gehört einer Zeit an, wo man in solchem Außenwerk die geschichtliche Behandlung des Rechts suchte, der s. g. eleganten Jurisprudenz, die im vorigen Jahrhundert regierte. Sie ist schon an sich bedenklich, da der Satz nicht erst durch die Juristen erfunden worden ist, also müßten die Römer geborne stoische Philosophen gewesen sein. Aber es ist auch überhaupt kein Zusammenhang zwischen jenem Satze und dieser Philosophie möglich. Nämlich die letztere würde fordern, daß man auf Furcht und Zwang als eines Mannes unwürdig überhaupt gar keine Rücksicht nehme. Davon ist jedoch das römische Recht weit entfernt.

Wenn aber auch die Handlung nicht nichtig genannt werden kann, so hat der Handelnde doch unter gewissen Voraussetzungen, wo das Gegentheil contra bonos mores wäre, einen Anspruch

auf Hülfe gegen den Nachtheil, der ihm dadurch geworden ist, und dahin gehört auch das Recht der Anfechtung. Die Rechtsmittel, mit denen er die Wiederherstellung des früheren Zustandes erlangen kann, sind nach römischem Recht die in integrum restitutio, aber auch eine besondern Klage und Einrede, actio quod metus causa, exceptio metus; s. unten §. 385. Der Umfang der Anfechtung hängt von der Bedeutung dessen ab, was durch die Furcht motivirt ist: s. g. metus causam dans — incidens.

Aber diese rechtliche Wirkung der Furcht setzt folgende Erfordernisse voraus:

1) Die bloße Furcht für sich wird nicht berücksichtigt, sie muß durch eine wirkliche Drohung hervorgebracht sein, metus praesens, non suspicio inferendi eius [1]). Daher wird auf den s. g. metus reverentialis keine Rücksicht genommen.

2) Die Drohung muß eine rechtswidrige sein.

3) Eine Drohung, welche die Furcht vor dem gedrohten Uebel erzeugt hat, und erzeugen konnte, ohne daß den Bedrohten der Vorwurf unwürdiger Furchtsamkeit und leerer Einbildung trifft, metus iustus — qui in constantem virum cadere potest [2]). Indessen ist auf die natürlichen Verschiedenheiten des Geschlechts und des Alters Rücksicht zu nehmen (nicht auf die Individualität des Einzelnen).

4) Die Rechtshülfe ist nicht auf den Zwingenden selbst beschränkt, sondern auch gegen einen Andern kann wegen des Zwangs Klage und Einrede gebraucht werden. Aber auch bei diesem muß eine der beiden folgenden Voraussetzungen eintreten: entweder er muß davon gewußt, oder einen Vortheil davon haben.

Früher nahm man nicht selten allgemeine Nichtigkeit als Folge des Zwangs an. Dies ist jetzt entschieden als Irrthum erkannt. Manche Juristen wollen aber noch gewisse Ausnahmen statuiren, wo (also vermöge singulärer Bestimmung) der Zwang das Geschäft nichtig mache.

1) Bei bonae fidei contractus. Dies ist an und für sich auffallend, da der Grund der Gültigkeit ipso iure mit dem Unterschied zwischen bonae fidei und strictum iudicium keinen Zusammenhang hat. Jene Ausnahme beruht indessen auf einem bloßen

---

1) L. 9. pr. D. quod metus (4, 2).
2) L. 5. 6. D. 4. 1.

Mißverständniß der L. 116. D. de R. J.[3]), deren wahrer Sinn folgender ist. Der Zwang ist der bona fides zuwider, die Anweisung für den Arbiter, ihn zu berücksichtigen, liegt schon in der Formel ex fide bona, und es braucht keine besondere Exceptio in die Formel gesetzt zu werden. Bestätigt wird diese Auslegung durch eine andere Stelle[4]), wo der Jurist sogar weiter geht, als es bei bonae fidei negotia eigentlich nöthig wäre, indem er nämlich die Contractsklage wirklich abspricht und rein auf die actio quod metus verweist, was jedoch keineswegs sicher ist (das et ideo etc. kann verstanden werden: „und daher ist auch die prätorische Klage zulässig").

2) Bei Testamenten, ein entschiedener Irrthum, s. im Erbrecht.

3) Beim Dotalversprechen. In der Stelle, worauf man sich beruft[5]), wird nur gesagt, es sei keine Dosbestellung mit ihren Wirkungen, weil es unwirksam, wie? darüber erklärt sich die Stelle nicht, und ihre Entscheidung hängt auch nicht davon ab.

4) Bei der Societät. In einigen Stellen[6]) wird gesagt: eine Societät, bei der einer den andern betrüglich übervortheile, sei gar keine, ipso iure nullius momenti. Bei dem Inhalt der Societät ist eine billige Gleichmäßigkeit wesentlich, das invicem se circumscribere gilt nicht, auch ohne dolus ist die Uebervortheilung nicht zuzulassen. Man sagt nun, vom Zwang müsse dasselbe gelten. Dies ist aber unrichtig, weil dort von einem mit dem Wesen der Societät unverträglichen Inhalt, hier nur von der Art des Zustandekommens die Rede ist, für welche von der Societät ihrer Natur nach nichts Anderes gelten kann, als von andern Verträgen.

5) Bei der tutoris auctoritas, ein unverzeihliches Mißverständniß der L. 1. §. 1. D. de auctor. (26, 8.)

---

3) L. 116. pr. D. de R. J. (50,17): Nihil consensui tam contrarium est, qui ac bonae fidei iudicia sustinet, quam vis ac metus, quem comprobare contra bonos mores est.

4) L. 21. §. 4. D. quod metus (4,2): Si metu coactus sim ab emtione, locatione discedere, videndum est, an nihil sit acti et antiqua obligatio remaneat, an hoc simile sit acceptilationi, quia nulla ex bonae fidei obligatione possimus niti, cum finita sit, dum amittitur? Et magis est, ut similis species acceptilationi sit et ideo praetoria actio nascitur.

5) L. 21. §. 3. eod.: Si dos metu promissa sit non puto nasci obligationem, quia est verissimum, nec talem promissionem dotis ullam esse.

6) L. 3. §. 3. D. pro soc. (17, 2). L. 16. §. 1. D. de minor. (4, 4.)

6) Bei der Manumission[7]. Die Stelle, auf welche man sich hier beruft, sagt nur, die Manumission ist unwirksam: Ille servus liber non erit, qui coegerit etc.; von der Art der Ungültigkeit ist mit keinem Wort die Rede.

Irrthum und Unkenntniß.

§. 57.

Der allgemeine Grundsatz, daß die Motive einer Handlung oder Unterlassung nicht berücksichtigt werden, daß nur die Thatsache selbst und ihre Existenz die rechtliche Beurtheilung bestimmt, gilt auch von error und ignorantia. Daher ist namentlich ein Rechtsgeschäft nicht nichtig darum, daß es auf einem Irrthum beruht. Nur kann allerdings niemand wollen als was er weiß, und daher kann die Annahme eines Willens, und somit eines Rechtsgeschäfts durch einen Irrthum zurückgewiesen sein. Dahin gehört, daß ein Irrthum der Annahme einer Volksüberzeugung entgegenstehen kann (§. 13). Ferner kommt dieser Grundsatz in Betracht bei der Frage, ob eine Handlung als stillschweigende Willenserklärung aufzufassen ist, z. B. Unterlassung einer Protestation als stillschweigende Genehmigung. Diesen Sinn hat das Sprüchwort: errantis nulla voluntas[1]. Es ist aber nicht der Irrthum als Motiv, der das Rechtsgeschäft ausschließt, sondern die Nichtexistenz des Willens, die nur von einem Irrthum begleitet ist, welche aber auch ohne allen Irrthum möglich wäre und denselben Effect hätte. Ebendasselbe ist der Fall, wo der Irrthum eine Nichtübereinstimmung des Willens bei Verträgen veranlaßt (§. 65). Jene Regel der Irrelevanz des Irrthums für die Existenz des Rechtsgeschäfts gilt aber nicht bei Testamenten und dem Erbschaftsantritt, von denen später gesprochen werden wird (§. 462. 472. 497).

Aber auch in andern Rücksichten ist bei der rechtlichen Beurtheilung des Verhältnisses der Irrthum in der Regel irrelevant. Dies hat aber Ausnahmen, von denen zwei Gattungen zu unterscheiden sind:

---

7) L. 9. pr. D. qui et a quib. man. (40, 9): Ille servus liber non erit, qui coegerit, ut dominus eum manumittat, et ille perterritus scripsit, liberum eum esse.

1) S. L. 20. D. de aqu. pluv. (39, 2.) L. 8. 9. C. de iur. et f. ignor. (1, 18) u. a.

1) Solche, bei denen die Beschaffenheit des Irrthums gleichgültig ist. Dies ist der Fall, wenn mit mala fides (Bewußtsein der Rechtswidrigkeit eines Zustandes) und mit dolus (rechtswidriger Absicht) besondere Nachtheile verknüpft sind. Beides ist ausgeschlossen, wenn die Person aus Unkenntniß des Verhältnisses den Zustand nicht für rechtswidrig hielt, die Rechtswidrigkeit ihrer Handlungsweise nicht einsah. Abwesenheit der mala fides und des dolus kann aus dem Irrthum hervorgehen, von welcher Beschaffenheit er sein möge. Auch wenn es ein tadelnswerther ist, so kann man doch nicht sagen, die Person sei in mala fide, oder sie sei in dolo gewesen, sondern es war höchstens culpa lata vorhanden. Nur die Entschuldigung, das Rechtsverbot nicht gekannt zu haben, wird regelmäßig nicht zugelassen.

Wenn ferner der Irrthum durch rechtswidrige Täuschung von einem Andern erzeugt oder benutzt wird, und dadurch dem Irrenden ein Schaden zugefügt worden ist, so wird diesem gegen den Betrüger Hülfe gewährt durch Klage oder Einrede. Diese absichtliche Erzeugung oder Benutzung eines fremden Irrthums in rechtswidriger Absicht heißt Betrug, dolus malus (unterschieden von dolus bonus, Täuschung ohne rechtswidrige Absicht). Der Betrug ist ohne Irrthum nicht denkbar, aber nicht der Irrthum ist der Grund der Rechtshülfe, sondern die rechtswidrige Handlung des Andern, und darum kommt es auch nicht auf die Beschaffenheit des Irrthums an.

2) Ausnahmen, die nur zu Gunsten eines entschuldbaren Irrthums gemacht werden.

Dahin gehört die bona fides als Grund gewisser Erwerbungen (Usucapion, Fruchterwerb). Sie ist die Ueberzeugung von der Rechtmäßigkeit eines Zustandes, in dem man sich befindet. Ist diese Ueberzeugung wohl begründet, so kann sie doch noch eine irrige sein, aber ein solcher Irrthum ist entschuldbar.

Die Nichtkenntniß eines Umstands gehört zur Begründung der condictio indebiti, der ädilischen Klagen. Auch hier wird auf eine tadelnswerthe keine Rücksicht genommen.

Dasselbe gilt von der Ausschließung des S. C. macedonianum (Unkenntniß der Eigenschaft des Filiusfamilias) und des S. C. velleianum (Unkenntniß der Eigenschaft der Frau als Intercedentin).

Bei manchen Verjährungen ist festgesetzt, daß sie dem Nicht-

wissenden nicht laufen. Auch hier kann er sich nur auf eine entschuldbare Unkenntniß berufen, z. B. beim Erwerb der bonorum possessio, beneficium inventarii, Excusation gegen Vormundschaft 2c.

Außer den genannten Fällen kann gegen Versäumnisse durch Irrthum zuweilen in integrum restitutio stattfinden, welche an dieselbe Voraussetzung gebunden ist.

In allen diesen Fällen fragt es sich also: ob der Irrthum ein entschuldbarer (iustus, probabilis) ist oder nicht. Darauf hat es zunächst den größten Einfluß, ob der Gegenstand des Irrthums ein Rechtssatz oder eine Thatsache, der Irrthum also error iuris oder facti ist; z. B. es glaubt jemand das Erbrecht stehe ihm nicht zu, 1) weil er nicht weiß, daß ein Verwandter von ihm gestorben ist, 2) weil er glaubt, ein Anderer gehe ihm nach Rechtsvorschrift vor.

1) Der Rechtsirrthum ist ein unentschuldbarer, er schadet daher, und giebt nicht die Vortheile, die dem Irrthum in jenen Fällen bewilligt sind. Es muß von jedem gefordert werden, daß er das Recht kenne, so weit es ihm vonnöthen; sollte er es nicht kennen, so giebt es Gelegenheiten, sich für den einzelnen Fall zu unterrichten. Es ist eine schuldbare Nachlässigkeit, wenn jemand von diesen Gelegenheiten keinen Gebrauch gemacht hat, und dadurch in Nachtheil gekommen ist.

Ausnahmen:

a) In einigen Fällen, wo der Verlust von Eigenthum die Folge eines Irrthums sein würde, soll der Irrende auch auf Rechtsirrthum sich berufen können, um sich gegen diesen Verlust zu schützen, wenn derselbe noch nicht wirklich eingetreten ist. Solche Fälle sind: indebite geleistetes Versprechen, Anerkennung eines Andern als Miterben. Darauf sind die allgemeinen Aeußerungen einiger Pandekten-Stellen zu beziehen[2]). Manche haben dies so verstanden, daß dadurch in der That die ganze Regel von dem Unterschied zwischen Rechtsirrthum und factischem Irrthum so gut wie umgestoßen würde. Wir behaupten, der Rechtsirrthum helfe nur, um Nachtheil abzuwenden, nicht dagegen um Gewinn zu machen. Das letztere im wahren Sinn des lucrum wird in den seltensten Fällen eintreten. Andere haben dies vermeiden

---

2) Vergl. L. 1. pr. D. ut in poss. leg. (36, 4.) L. 79. D. de leg. II. (31.) vergl. L. 7. 8. D. de iur. et f. ign. (22, 6.)

wollen durch Verengerung der Anwendung: wenn es sich de damno vitando handle, so komme es darauf an, ob man ICti copiam gehabt habe, de lucro captando schade der Rechtsirrthum auch ohne diese Gelegenheit zur Rechtsbelehrung. Das ist ganz aus der Luft gegriffen, eine willkührliche Herbeiziehung des von der Rechtsbelehrung Gesagten.

b) Gewissen Personen wird der Rechtsirrthum in gewissen Fällen nachgesehen (ius ignorare permissum est): nämlich den Frauen, Ungebildeten, die es ihrem Stande gemäß sind, Soldaten 1) bei Handlungen, die nicht schon nach dem natürlichen Gefühl, sondern lediglich durch eine positive Vorschrift unerlaubt sind. Dies gilt für alle jene Personen. 2) bei Versäumung der Frist für Erwerb des Erbrechts, dies gilt bloß für die beiden letzten Classen, während es den Frauen ausdrücklich abgesprochen ist; 3) bei Zahlung einer contra S. C. velleianum übernommenen Schuld; natürlich gilt dies bloß bei den Frauen; 4) bei Annahme eines untüchtigen Bürgen durch eine Frau.

Viel umfassender ist die Befreiung der Minderjährigen von der Pflicht das Recht zu kennen. Diese hängt zusammen mit der ihnen allgemein zustehenden in integrum restitutio propter aetatem, welche auch gegen den durch Rechtsunwissenheit, wie durch sonstige Unkenntniß und Leichtsinn entstandenen Nachtheil gegeben wird. Auf die Sphäre dieser in integrum restitutio ist jener Vorzug aber auch zu beschränken. Die Meinung, daß den Minderjährigen auch bei der Usucapion und dem Fruchterwerb der Rechtsirrthum zu Gute komme[3]), ist durchaus zu verwerfen.

c) Gewisse Rechtssätze können ohne Vorwurf ignorirt werden, so daß also hier der Rechtsirrthum ein durchaus entschuldbarer ist. Dahin gehören Rechtssätze, welche einmal auf Willkühr beruhen, so daß ihre Existenz nicht zu vermuthen ist, und sodann unvollkommen publicirt sind, so daß auch von dieser Seite ihre Unkenntniß sich als etwas entschuldbares darstellt. Ferner fremdes Recht, überhaupt particulares Recht eines andern Bezirks, und zuletzt bestrittene Rechtssätze. Man kann niemanden einen Irrthum über die wahre Ansicht zurechnen, wenn über diese selbst die Juristen ungewiß sind.

d) Wenn der Irrthum nicht den Rechtssatz selbst, sondern

---

3) So Savigny System III. S. 431.

seine geschickte Anwendung betrifft, sofern diese eine besondere Wissenschaft und Kunst in sich schließt, die nicht jedermanns Sache ist. Z. B. bei der condictio indebiti kann jemand geglaubt haben Schuldner zu sein, ungeachtet er weiß, daß man z. B. durch indirecte Befriedigung befreit wird, aber die Thatsachen konnten so complicirt sein, daß er die Zulässigkeit der Befreiung in diesem besondern Fall bezweifeln konnte.

In diesen letzten Fällen, bei der Ungewißheit des Rechts oder seiner Anwendung hat die Entschuldigung des Rechtsirrthums noch eine Voraussetzung: Mangel an Gelegenheit zur Rechtsbelehrung [4]).

2) Der factische Irrthum ist entschuldbar. Aber auch dieser Satz hat Ausnahmen. Nämlich für den Fall wenn der Irrthum nicht ohne Gedankenlosigkeit oder den höchsten Grad von Nachlässigkeit möglich war, wie bei einer ganz allgemein bekannten Thatsache. Dahin gehört auch in der Regel ein error facti proprii. Die Dummheit darf nicht ein Vortheil sein.

Inhalt der Rechtsgeschäfte.

§. 58.

S. das Lehrbuch.

Bedingungen.

§. 59.

Der Ausdruck Bedingung, conditio, wird im weitern und engern Sinn gebraucht, es giebt verschiedene Stufen bis zu dem letzten eigentlichsten Begriff. Bedingung heißt

---

4) L. 9. §. 3. D. de iur. et f. ign. (22, 6): Sed iuris ignorantiam non prodesse, Labeo ita accipiendum existimat, si iurisconsulti copiam haberet vel sua prudentia instructus sit, ut cui facile sit scire, ei detrimento sit iuris ignorantia, quod raro accipiendum est. Die Worte quod raro accipiendum est, gehen nicht auf den Satz: ut cui facile etc., sondern auf die Meinung des Labeo überhaupt, der in dieser Entschuldigung zu weit zu gehen schien. Der Jurist will sagen: Man darf nicht den Satz voranstellen, der Rechtsirrthum ist unentschuldbar, wenn jemand selbst rechtskundig ist oder Gelegenheit zur Belehrung hatte; so schien Labeo zu sagen (wie auch manche neuere Juristen); dann würde die Unentschuldbarkeit als seltene Ausnahme erscheinen. Nein umgekehrt: die Entschuldigung ist die seltnere Ausnahme. Es wird selten anzunehmen sein, daß jemand 1) selbst ohne Vorwurf in der Rechtsunkenntniß ist (da ja jeder das Recht, soweit es ihm vonnöthen, kennen soll), und überdies, daß er 2) wo er keinem Vorwurf unterliegt (so namentlich bei der Ungewißheit der Anwendung), keine Gelegenheit zur Belehrung hatte.

1) Voraussetzung bei einem Rechtsgeschäft. Dahin gehören auch die iuris conditiones, rechtliche Voraussetzungen, conditiones tacitae, z. B. bei der Bestellung der Dos die Eingehung der Ehe. Sie kommen theilweise in der Wirkung mit den eigentlichen Bedingungen überein, aber man muß sich hüten, die Theorie der letzteren auf jene anzuwenden (was besonders bei der Retrotraction von Wichtigkeit ist).

2) Voraussetzungen, die gemacht werden, facti conditiones; nur diese sind wahre Bedingungen.

3) Voraussetzungen, von denen die Existenz des Rechtsgeschäftes oder seines Inhalts ganz oder theilweise abhängig gemacht wird. Dadurch sind andere Nebenbestimmungen, namentlich der Modus, ausgeschlossen. — In dieser Bedeutung werden die Bedingungen noch eingetheilt in conditiones in praeteritum, praesens, futurum conceptae.

4) Eine wahre Bedingung ist nur die in futurum concepta, ein künftiger Umstand, dem jene Function gegeben ist.

5) Zur wahren Bedingung gehört Ungewißheit des Umstands. Keine Bedingung ist die nothwendig eintretende, conditio necessaria, und die unmöglich eintretende, conditio impossibilis. Der Umstand kann übrigens ein Geschehen oder Nichtgeschehen sein. Für beide Fälle gilt das Erforderniß der Ungewißheit.

Die Ungewißheit involvirt nicht nothwendig Zufälligkeit des Ereignisses. Daher die Eintheilung in conditiones casuales, potestativae, mixtae [1]).

Casualbedingung ist diejenige, deren Eintritt von dem Willen dessen, dem die Bedingung gesetzt ist, ganz unabhängig ist, sei er überhaupt von dem menschlichen Willen unabhängig (z. B. wenn das nächste Jahr ein gutes Weinjahr sein wird, wenn mich kein Hagelschlag treffen wird), oder von dem Willen eines Dritten abhängig (z. B. wenn Titius sein Grundstück veräußern wird).

Ist eine Handlung dessen, dem eine Bedingung gesetzt ist, erforderlich (positive oder negative), so kann die Erfüllung rein auf seinen Willen gestellt sein, conditio quae in potestate eius est (z. B. si volueris, wenn du dich nicht weigern wirst, diese Person zu heirathen). Aber es kann noch ein zufälliges Ereigniß damit verbunden sein, hier heißt die Bedingung mixta oder promiscua,

1) L. un. §. 7. C. de cad. toll. (6, 51.)

Die Gränze zwischen den zwei letzten Arten ist im allgemeinen schwer zu ziehen, ja absolut genommen unmöglich. Von dem letzteren Standpunkte aus kann nämlich nur eine negative Bedingung als reine Potestativbedingung gedacht werden (s. das vorige zweite Beispiel). Jede positive ist an sich und absolut doch zugleich der Einwirkung des Zufalls ausgesetzt, so z. B. selbst si volueris, denn der Erfüllende kann wahnsinnig werden; si Capitolium ascenderis, er kann durch äußere Gewalt davon abgehalten werden. Daher manche römische Juristen auch diese promiscua conditio nennen, und so auch die Potestativbedingung darunter begreifen. — Es wird darauf ankommen, ob der die Bedingung Setzende das Hauptgewicht auf den Willen gestellt hat, so daß die Erfüllung als allein von diesem abhängig betrachtet werden soll, oder ob er der That selbst einen wenigstens eben so großen Einfluß auf die Frage der Erfüllung gegeben hat.

Erfüllung der Bedingung.

§. 60.

Eine Bedingung ist erfüllt, wenn das geschieht, was der Intention des Disponenten gemäß geschehen sollte. Bei der affirmativen Bedingung ist dies ein positiver Umstand, bei der negativen ein Unterbleiben von etwas. Die negative Bedingung ist erst erfüllt, wenn das Ausgeschlossene nicht oder nicht mehr in der betreffenden Art geschehen kann.

Folgende Grundsätze sind zu beobachten:

1) Was zur Erfüllung gehört ist quaestio facti. Auch hier gilt die Regel, daß nicht bloß auf die Worte, sondern auf den Willen zu sehen ist, z. B. wenn die Bedingung gesetzt ist, daß jemand ohne Kinder versterben würde, so sind nur leibliche, nicht Adoptivkinder zu verstehen.

2) Die Potestativbedingung muß erfüllt werden, sobald es geschehen kann, sonst wird sie als deficient betrachtet.

3) Ist die Bedingung rein auf den guten Willen gestellt, so ist sie für erfüllt zu erachten, wenn nur von Seiten dessen, dem sie gesetzt ist, nichts entgegensteht, sollte auch die Ausführung durch einen Zufall unmöglich geworden sein. Dies darf aber nicht als Regel bei einer Bedingung betrachtet werden, zu deren Erfüllung eine Handlung gehört, vielmehr ist der wirkliche Erfolg, den der

Disponent genannt hat, als nothwendig zu vermuthen, bis eine entgegengesetzte Intention nachgewiesen wird[1]), z. B. wenn A die B heirathet, und diese stirbt ehe die Erfüllung möglich war.

4) Der Beweis der Erfüllung liegt dem ob, der darauf ein Recht gründet. Wenn aber ein einzelner dazu gehöriger Umstand (nicht etwa die Erfüllung überhaupt) völlig unerfindlich ist, so daß Eintrit und Nichteintritt gleich ungewiß sind, so ist bei letztwilligen Dispositionen die benignior sententia der Erfüllung anzunehmen, z. B. wenn sein erstes Kind ein Knabe ist, und es sind Zwillinge beiderlei Geschlechts geboren, ohne daß sich ermitteln läßt, welches zuerst zur Welt gekommen ist.

5) Wenn der Disponent durch die Bedingung und ihre Erfüllung einem Andern einen Vortheil zuwendete, und dieser hindert die Erfüllung, so wird dies als Verzicht auf den Vortheil angesehen, mithin so wie wenn er ihn empfangen hätte; es wird also die Bedingung als erfüllt behandelt.

6) Hat der unter der Bedingung Verpflichtete ihre Erfüllung gehindert, so kann dies eine Deficienz verursachen, wenn darauf gerechnet war, z. B. wenn der Dominus nicht ratihabirt, und der Procurator bewegt ihn zur Ratihabition. Ist aber auf diese Einwirkung nicht gerechnet, so wird die Erfüllung ebenfalls fingirt[2]).

---

1) L. 54. §. 2. D. de legib. I. (30): Sed et si servi mors impedisset manumissionem, cum tibi legatum esset, si eum manumisisses, nihilominus debetur tibi legatum, quia per te non stetit, quominus perveniat ad libertatem. L. 23. §. 2. D. ad l. aquil. (9, 2): Iulianus scribit, si institutus fuero sub conditione: si Stichum manumisero, et Stichus sit occisus post mortem testatoris, in aestimationem etiam hereditatis pretium me consecuturum, propter occisionem enim defecit conditio. Quod si vivo testatore occisus sit, hereditatis aestimationem cessare, quia retrorsum quanti plurimi fuit, inspicitur. In der zweiten Stelle wird der Untergang der Erbeinsetzung angenommen, in der ersten in scheinbar gleichem Fall nicht. Worin liegt der Unterschied? Man könnte denken, in der Voraussetzung der ersten dieser Stellen: quia per te non stetit etc. In dem Falle der zweiten Stelle war er durch Verzögerung Schuld. Dagegen spricht 1) daß davon nichts gesagt ist, 2) daß sogar auch der Fall einer Tödtung vor dem Tod des Testators erwähnt wird, wo natürlich die Möglichkeit der Verzögerung wegfällt. In der zweiten Stelle wird zwar die Aestimation der Erbschaft verworfen, aber nicht deswegen, weil sie nicht verloren ginge; dies auch hier vorausgesetzt; sondern weil die Grundsätze der Lex Aquilia von der Schadensästimation widersprechen.

Der Unterschied liegt also nur in der Intention des Erblassers. Vergl. Note h des Lehrbuchs.

2) L. 161. D. de R. J. (50, 17); In iure civili receptum est, quotiens per eum, cuius interest, conditionem non impleri, fiat quominus impleatur, perinde haberi, ac si impleta conditio fuisset, quod ad libertatem et legata et ad heredum institutiones perducitur. Quibus exemplis stipulationes quo-

7) Die Unmöglichkeit der Bedingung macht die Bedingung deficient. Aber dies setzt voraus, daß die Bedingung selbst eine gültige war, sonst kann natürlich auch von Existenz und Deficienz nicht bei ihr die Rede sein.

Dies führt auf die Lehre von den unmöglichen Bedingungen.

Das Wort Bedingung hat einen doppelten Sinn, es bedeutet 1) den Umstand, der zur Bedingung gemacht ist, 2) den Act des Bedingens, die Stellung der Bedingung. Unmöglichkeit kann nun ein Prädicat des Umstands sein (nicht zu erfüllende Bedingung), und des Setzens (eine nicht zu stellende Bedingung, unstatthafte Bedingung). Wir gehen von dem letzten Begriff aus.

Eine Bedingung ist unstatthaft:

1) wegen Unmöglichkeit ihrer Erfüllung (unmögliche Bedingung in jenem ersten uneigentlichen Sinn, conditio impossibilis). Eine solche ist keine wahre Bedingung, weil keine Ungewißheit dadurch entsteht. Zwei Arten sind zu unterscheiden, a) Bedingungen, deren Eintritt physisch unmöglich ist, z. B. die Bedingung, auf der Eisenbahn in 15 Minuten von Berlin nach Magdeburg zu fahren; oder negativ: wenn die Sonne nie wieder scheint (eine Bedingung nach der etwas unmögliches nicht geschehen soll, conditio necessaria, ist ebenfalls keine Bedingung); b) deren Eintritt juristisch unmöglich ist, die aus juristischen Gründen nicht erfüllt werden kann, z. B. wenn du die res sacra oder publica verkaufst; Bezahlung einer Schuld, die nicht existirt.

Bei dieser Bedingung ist eine doppelte Behandlung möglich, 1) ungeachtet sie nicht als Bedingung gilt, hat doch die Unmöglichkeit der Erfüllung die Wirkung der Nichterfüllung; das davon abhängig gemachte existirt nicht. Dies ist im allgemeinen

---

que committuntur, cum per promissorem factum esset, quo minus stipulator conditioni pareret. (Ulpian.) Es könnte scheinen, daß L. 24. D. de cond. (35,1): Iure civili receptum est, quotiens per eum, cuius interest conditionem impleri, fit quo minus impleatur, ut perinde habeatur, ac si impleta conditio fuisset. Quod plerique et ad legata et ad heredum institutiones perduxerunt. Quibus exemplis stipulationes quoque committi quidam recte putaverunt, cum per promissorem factum esset, quo minus stipulator conditioni pareret, (Julian.) auch hierher gehöre, wegen des Nachsatzes: per promissorem factum etc., also auch bei dieser non einzuschalten sei, zumal da die Stelle sonst auffallend gleichlautend ist. (Der Satz nro. 5 ist dabei nicht betheiligt, denn er ist noch in andern Stellen enthalten.) Dennoch ist dies nicht der Fall. Die Stelle setzt voraus, daß dem promissor etwas gegeben werden soll. So kann man sagen, er hat ein Interesse an der Erfüllung, und an der Nichterfüllung.

die der Beschaffenheit des Orts gemäßeste Entscheidung. Sie ist als die Regel zu betrachten. 2) Weil sie nicht als Bedingung gilt, so wird sie als nichtig behandelt, pro non scripta habetur. Diese Entscheidung tritt ein bei letztwilligen Dispositionen. Sie wird hier unterstützt durch die Erwägung, daß man vor allem die Intention etwas zu hinterlassen annehmen muß. — Hier entsteht daher die Frage, ob auch so entschieden werden muß bei einer der Unmöglichkeit so gut wie gleichstehenden Schwierigkeit? Dies ist zu bejahen, und dasselbe muß geschehen, wenn die Unmöglichkeit bloß eine individuelle ist. Dagegen ist nicht hierher zu rechnen eine nachher eintretende Unmöglichkeit, hier ist eine gültige Bedingung vorhanden, wiewohl nur eine deficirende.

2) wegen unerlaubten Inhalts. Bedingungen, wodurch eine widerrechtliche oder unsittliche Handlung befördert werden soll, indem ein Nachtheil für den sie Unterlassenden ein Vortheil für den sie Begehenden festgesetzt wird. Dieses sind die conditiones turpes, z. B. die Bedingung, ein Verbrechen zu begehen, die Eltern zu vernachläßigen (natürlich nicht die Bedingung, eine solche Handlung zu unterlassen). Die Beifügung jener Bedingung selbst ist eine Unsittlichkeit. Conditio turpis ist auch die, wonach zwar nicht etwas Unsittliches geschehen, aber wodurch ein unlauteres Motiv untergeschoben werden soll, durch welches eine an sich indifferente Handlung zu einer Unsittlichkeit wird. Auch die Intention, jemanden zu dieser Unsittlichkeit zu verleiten, macht die Bedingung zur turpis. Beispiele sind die Untersagung der Ehe (die Bedingung: wenn sie nicht heirathet, kann eine ganz andere Intention haben, z. B. die Fürsorge für eine Frau, oder der Disponent hat guten Grund, die Heirath als eine Verwirkung seiner Gunst zu betrachten, so bei einer Wittwe); Nichtentfernung von einem Ort; ferner die Bedingung, die Religion zu ändern. Häufig hat man hier die Unsittlichkeit auf die Bedingung zu einer verbotenen Religion überzutreten, beschränken wollen. Die richtige Ansicht ist jedoch, daß sofern durch Disposition ein Motiv, also eine äußerliche Triebfeder gegeben werden soll, wo bloß die innere Ueberzeugung entscheiden darf, die Bedingung als turpis betrachtet werden muß. Die Wirkung ist hier dieselbe, wie bei den unmöglichen Verträgen; beide Partheien haben an der Unsittlichkeit Theil genommen, die schon in der Festsetzung liegt, es tritt mithin die Ungültigkeit ein. Nicht so bei letztwilligen Ver-

ordnungen; hier ist der Honorirte unschuldig, weshalb er nicht darunter leiden soll.

Eine besondere Bewandtniß hat es mit der conditio iurisiurandi bei letztwilligen Dispositionen, d. i. der Bedingung etwas eidlich zu versprechen. An sich würde die Bedingung erfüllt sein, wenn der Eid geleistet wäre (dies wäre nichts unsittliches), aber die wirkliche Erfüllung hinge von der Willkühr des Honorirten ab. Entweder liegt aber dem Testator nichts an der Erfüllung, dann ist es ein Mißbrauch des Eides (Verleitung zum Eidesbruch), oder es liegt ihm daran, dann hat er ein falsches Mittel gewählt. Das letztere wird angenommen, die Bedingung gestrichen, aber der Honorirte zur Erfüllung verpflichtet, die Bedingung also in einen Modus verwandelt.

3) wegen Unverträglichkeit der Bedingung mit dem Geschäft. Es giebt Geschäfte, mit deren Natur sich gar keine Bedingung verträgt: z. B. der Antritt der Erbschaft, auctoritas tutoris, datio tutoris, adoptio, Eingehung der Ehe (Enterbung). Andere lassen nur Bedingungen gewisser Art zu, wie z. B. die Einsetzung eines Notherben nur eine Potestativbedingung gestattet. Mit jedem Geschäft unverträglich ist die s. g. conditio perplexa, d. h. die welche einen Widerspruch in die Disposition bringt; z. B. das Vermächtniß unter der Bedingung, daß ich die Testamentifactio verliere (in der Meinung, man könne dann doch Vermächtnisse geben und nur die Erbeinsetzung sei ausgeschlossen); oder: „ich vermache mein ganzes Vermögen unter der Bedingung, daß meinen Erben doch noch etwas übrig bleibe."

In allen diesen Fällen wird das Geschäft selbst ungültig, und auch die letztwilligen Verordnungen machen hier keine Ausnahme.

Wirkung der Bedingung.

§. 61.

Immer ist von der Bedingung die Existenz des Geschäfts oder eines Bestandtheils desselben abhängig. Aber es ist ein wichtiger Unterschied zu bemerken in Beziehung auf den Zustand conditione pendente. Darauf bezieht sich die Eintheilung in Suspensivbedingung und Resolutivbedingung.

Die Bedingung kann so gesetzt sein, daß die Entstehung des Rechtsverhältnisses davon abhängig gemacht wird (negotium con-

ditionale, sub conditione contrahitur); die Bedingung schiebt die Existenz auf (Suspensivbedingung). Hier existirt pendente conditione das Geschäft nicht; nur hat das bedingte Geschäft doch die Wirkung, daß das Rechtsverhältniß an die künftige Entscheidung gebunden ist, und daß mithin kein willkührlicher Rücktritt stattfindet, eben weil Existenz oder Nichtexistenz unentschieden sein soll. Erst die Deficienz der Bedingung macht diesen Zustand definitiv. Die Erfüllung der Bedingung bringt das Verhältniß ins Dasein, sie verwandelt die bisherige Ungewißheit in Gewißheit, sie zeigt den bisher nicht als Dasein erscheinenden, und darum juristisch nicht vorhandenen Zustand als einen daseienden. Darin liegt, daß diese Existenz des Verhältnisses sich nicht erst von dem Zeitpunkt der Existenz der Bedingung datirt, sondern von der Errichtung des bedingten Geschäfts („conditio existens retrotrahitur ad initium negotii“), wie wenn der Umstand gleich anfangs gewiß gewesen wäre. Dies ist auch der natürlichen Intention des die Bedingung Setzenden angemessen: ich gebe jemandem unter einer Bedingung: meine Intention ist, daß er es jetzt haben soll, nur unter dieser Voraussetzung. Darum ist es unrichtig, wenn manche Juristen den Grundsatz für eine Sonderbarkeit des römischen Rechts erklärt, und wohl gar Versuche der Einschränkung gemacht haben.

Nur ist wohl zu beachten, daß nur dasjenige retrotrahirt wird, was von der Bedingung abhängig gemacht ist. Ist also z. B. nicht Eigenthum, sondern eine Forderung constituirt, so wird natürlich nicht das Eigenthum, sondern die Forderung zurückbezogen.

Die Wirkung der Retrotraction soll nun specieller angegeben werden.

1) Der bisher bedingt Berechtigte gilt nun als berechtigt auch während der Zeit der bedingten Berechtigung in Beziehung auf die Verfügungen des bisher Berechtigten über den Gegenstand des Rechts. Dies gilt auch von Vermächtnissen. Der Erbe wird nicht als Eigenthümer der vermachten Sache behandelt, seine Verfügungen werden ipso iure vernichtet. Nur in dem Fall tritt eine Modification ein, wenn die Existenz der Bedingung von dem Willen des bisher Berechtigten, der dadurch sein Recht verlieren soll, oder umgekehrt, von dem des bedingten Schuldners abhängig gemacht ist. Hier ist die Retrotraction nicht als Inten-

tion anzunehmen, da es ja von dem einen oder andern abhing, die Bedingung sofort existiren zu lassen, wenn er das Geschäft hätte wirksam machen wollen.

2) Diese Retrotraction äußert ihre Wirkung auch auf die Nutzungen und Früchte der Sache in der Zwischenzeit, die also ebenfalls dem bedingt Berechtigten existente conditione zufallen. Diese Regel hat zunächst eine Ausnahme bei Vermächtnissen (welche man häufig viel zu allgemein so ausgedrückt hat, daß bei Vermächtnissen die Retrotraction ganz wegfalle)[1]). Jene Wirkung der Retrotraction kann aber auch bei Rechtsgeschäften inter vivos durch eine entgegengesetzte Intention der Parteien, die sich aus den Umständen ergeben kann, beseitigt werden, so daß die Retrotraction mithin nur die erste Wirkung äußert.

Bei Erbeinsetzungen kommt die Retrotraction gar nicht in Frage; sie wird vielmehr absorbirt durch den Grundsatz, daß jeder Erbe, wann er auch erwirbt, als Erbe gilt von der Zeit des Todes des Erblassers. Dies gilt ebenso von bedingten als von unbedingten Erbeinsetzungen. Was also sonst jener Grundsatz bewirkt, das bewirkt hier schon jene in der Natur des Erbrechts liegende Nothwendigkeit.

Der zweite Fall der Bedingung ist, daß die Aufhebung des Rechtsverhältnisses davon abhängig gemacht ist, das Geschäft ist in conditionem errichtet, es ist kein bedingtes, sondern ein unbedingtes. Die Bedingung heißt hier Resolutivbedingung. Hier existirt pendente conditione das Verhältniß, die Ungewißheit seiner Dauer steht seiner gegenwärtigen Wirkung nicht entgegen. Sie fällt weg bei der Deficienz der Bedingung, durch welche die Dauer zu einer definitiven ward. Die Existenz der Bedingung dagegen vernichtet das Geschäft und zwar so, daß sie das bisherige Dasein als ein bloßes Scheindasein aufhebt. Mit andern Worten: auch für die Resolutivbedingung gilt, und aus demselben Grund die Retrotraction. Der Fall wird durchweg so beurtheilt, als wäre das Rechtsverhältniß nie vorhanden gewesen.

---

1) Darauf ist zu beziehen L. 42. pr. D. de O. et A. (44, 7): Is cui sub conditione legatum est, pendente conditione non est creditor, sed tunc cum exstiterit conditio, quamvis eum qui stipulatus est sub conditione, placet etiam pendente conditione creditorem esse. — Placet — creditorem esse heißt also nicht, er war schon damals Gläubiger, sondern er wird impleta conditione so behandelt, als ob er es schon damals gewesen wäre.

Auch hier aber können Modificationen eintreten durch die Intention der Parteien, so namentlich in Beziehung auf die Rückgewährung der bezognen Früchte, die allerdings der Regel nach stattfindet. Einen besondern Fall hinsichtlich der Früchte s. §. 263. a. E.

Um diese Wirkung zu haben, muß die Resolutivbedingung gleich bei dem Geschäfte gestellt sein, dessen Existenz dadurch betroffen werden soll. Außerdem hat sie nur die Wirkung eines besondern Vertrags; sie ist Verabredung und Aufhebung unter einer Suspensivbedingung, z. B. der Gläubiger soll nichts zu fordern haben, oder dieser Eigenthümer soll aufhören es zu sein unter der Bedingung, daß u. s. w. (S. auch §. 299 a. E.)

Zeitbestimmungen.

§. 62.

Die Zeitbestimmung, dies, kann wie die Bedingung 1) den Anfang des Verhältnisses bezeichnen, ex die, in diem (terminus a quo) analog der Suspensivbedingung; 2) das Ende, ad diem (terminus ad quem), analog der Resolutivbedingung.

Aber die Wirkung ist eine von der Bedingung ganz verschiedene. Nicht die Existenz, sondern die Geltendmachung des Verhältnisses wird dadurch betroffen. Der Gläubiger in diem ist schon Gläubiger, nur kann er sein Forderungsrecht noch nicht ausüben[1]).

Ebenso ist es bei dem Endtermin. Er hebt das Verhältniß nicht ipso iure auf, sondern entzieht ihm nur die Wirkung, beseitigt es indirect. Ausgenommen sind nur wenige Fälle, z. B. Ususfructus, Societas, Mandat ꝛc. Ferner tritt auf keine Weise ein Retrotraction ein.

Wegen dieser Verschiedenheit ist es von Wichtigkeit, Bedingung und Zeitbestimmung genau zu unterscheiden. Im Ausdruck ist der Unterschied folgender: si — cum, wenn — wann ꝛc. Aber dies ist nicht für sich entscheidend. Es kann eine Bedingung ausgedrückt sein in der Form einer Zeitbestimmung, dadurch wird sie nicht verändert, z. B. wenn du die A heirathest — am Tage der Heirath mit der A.

---

1) Vgl. L. 41. §. 1. de V. O. (45, 1): dies adiectus efficit, ne praesenti die debeatur, wo deberi eben dieses andeutet.

Der Unterschied liegt in der Gewißheit der Existenz. Wo eine Ungewißheit der Existenz des Verhältnisses damit gesetzt ist, ist die Nebenbestimmung eine Bedingung.

Die Ungewißheit bei einem Zeitpunkt kann das Ob? und das Wann? betreffen. Ein dies ist certus vor Allem, wenn beides, ebenso aber auch wenn nur das Ob? gewiß ist, z. B. Todestag, Auflösung der Ehe, Verlöschen eines Lichts (sonst bei Subhastationen gebräuchlich), Dauer einer Reise an einen gewissen Ort. In beiden Fällen ist also eine Zeitbestimmung keine Bedingung. Dagegen ist ein dies incertus eine Bedingung, nicht bloß wenn beides, sondern auch, wenn nur das Ob? ungewiß ist, z. B. der Tag, an dem du großjährig wirst (als Termin der Vormundschaft ist es ein dies, weil das Ob? gewiß ist, da die Vormundschaft, wenn der Mündel vorher stirbt, nur früher sich endigt).

Vorhin ist gesagt worden, daß ein dies certus an, incertus quando ein dies certus sei. Ein solcher ist der Todestag eines Menschen. Durch Verbindung mit einem andern Umstand kann er incertus werden, z. B. wenn ein Anderer ihn erleben soll.

Wenn ein Vermächtniß auf den Todestag eines Dritten gestellt ist, so wird angenommen, daß der Legatar ihn erleben muß. Es ist also eine Bedingung vorhanden[2]). Anders, wenn das Legat auf den Todestag des Legatars gestellt würde, denn es ist gewiß, daß er ihn erlebt[3]).

Modus.

§. 63.

Der Begriff des Modus ist streitig. Einige verstehen jede Nebenverpflichtung darunter, die einem Empfänger auferlegt wird; Mehrere beschränken ihn auf Liberalitäten, auf Schenkungen und Vermächtnisse. Die letzte Beschränkung ist nun zwar entschieden unrichtig, z. B. ist wenn eine Wohnung vermiethet und dem Miether eine Summe für gewisse Einrichtungen gegeben wird, ein Modus vorhanden. Aber allerdings ist der Modus zu unterscheiden von der Gegenleistung bei einem onerosen Geschäft, denn während er Nebenbestimmung ist, erscheint diese als Hauptbestimmung.

2) L. 79. §. 1. D. de cond. (35, 1.)
3) L. 79. pr. eod.

Modus ist die Nebenbestimmung, wodurch die Verwendung zu einem gewissen Zweck geboten wird. Man hat dagegen eine Stelle [1]) angeführt, worin einem Mädchen aufgelegt wird, einen gewissen Mann zu heirathen. Aber einmal kann dies wirklich unter jenen Begriff fallen, indem eine Verwendung zu diesem Behuf gemacht werden soll; dann aber sagt jene Stelle vielmehr, es sei diese Bestimmung als Bedingung zu behandeln. Manche haben dies modus mixtus im Gegensatz von modus purus genannt.

Hier ist besonders noch der L. 80. D. de cond. [2]) zu gedenken. In derselben werden Bedingung und Modus gegenübergestellt. Gemeinschaftlich beiden ist, daß etwas geschehen soll, das jetzt noch nicht geschehen ist, daß also eine Mora vorliegt. Ohne non ist der Sinn: Wo die Nebenbestimmung die Wirkung hat, daß eine sofortige Klage als unzulässig erscheint (also protinus gehört zu agentem), ist es eine Bedingung; ist es ein Modus (mora cum sumtu, mit der Verpflichtung der Verwendung ist ein Aufschub verknüpft), so kann sofort geklagt werden, nur mit Anbietung der Caution. So ist denn ein Unterschied zwischen dem Ausdruck si und ut.

Mit non dagegen ist der erste Satz als Gegensatz zu mora zu betrachten, also ein Fall vorauszusetzen, wo die Bedingung schon entschieden und deficient ist; es wäre also protinus zu repellunt zu ziehen. Dies ist jedoch keine Bedingung, weil keine Suspension, keine Mora vorhanden ist. Dann aber würde si monumentum f e c i t zu lesen sein.

Noch eine Erklärung ist unter Beibehaltung des non möglich wobei protinus wie oben zu agentem gezogen und das non pro cond. oportet so verstanden wird: nicht nothwendig sind sie als bedingt zu behandeln (also wie non statim). Denn sie können auch Zeitbestimmungen sein, welche eine sofortige Klage nicht zulassen. Dann hätte der Jurist alle drei Nebenbestimmungen

---

1) L. 1. C. de his qu. sub modo (6,45): In legatis quidem et fideicommissis etiam modus adscriptus pro conditione observatur. Sed si per te non stat, quominus voluntati testatoris pareas, sed per eum, cui nubere iussa es, quo minus id, quod tibi relictum est, obtineas, non oberit.

2) L. 80. De cond. (35,1): Eas causas, quae protinus agentem repellunt, in fideicommissis non (*gl.* alias deest n o n) pro conditionalibus observari oportet, eas vero, quae habent moram cum sumtu, admittemus cautione oblata. Nec enim parem dicemus eum, cui ita datum sit: si monumentum fecerit, et eum, cui datum est: ut monumentum faciat.

im Auge: 1) solche, welche die sofortige Forderung ausschließen, conditio und dies; 2) die sie nicht ausschließen, modus. In allen Fällen ist eine mora der Erfüllung: der Bedingung, der Zeit, des Modus vorhanden.

Wirkung des Modus:

1) Modus ohne Absicht zu verpflichten (modus simplex) ist ein guter Rath. Dieß ist anzunehmen, wenn bloß der Erfüllende eine Interesse hat[3]).

2) Ist die Absicht der Verpflichtung vorhanden (modus qualificatus), so hängt von der Erfüllung nicht die Existenz des Geschäfts ab (Unterschied von der Bedingung).

3) Dagegen schließt der Modus eine Verbindlichkeit zur Erfüllung ein (nicht so bei der Bedingung).

4) Die Geltendmachung des Geschäfts erleidet keinen Aufschub, wenn der Onerirte Caution leistet. Diese Caution kann fordern bei Verträgen der Schuldner, wenn er ein Interesse hat, bei Vermächtnissen der onerirte Erbe, auch ohne Interesse. Sein Interesse ist der Gehorsam gegen den Erblasser.

5) Auf die Erfüllung wird eine Klage gegeben aus der Caution, aber auch ohne Caution haben die Klage jene Personen, ferner auch ein Dritter, dem dadurch etwas zukommen soll, bei letztwilligen Dispositionen, in Ermangelung anderer Interessenten, die Obrigkeit, wenn ein öffentliches Interesse vorliegt, oder auch aus Rücksicht auf den Willen des Testators.

Erklärung des Willens.

§. 64.

Die Form der Willenserklärung kann eine bestimmte, solenne, feierliche sein (s. das Lehrbuch). Am häufigsten ist im neusten Recht Mitwirkung einer öffentlichen Person, eines Notars oder Richters, Aufnahme des Geschäfts vor und durch Gerichtsbehörden. Dieser Theil des richterlichen Amts heißt voluntaria iurisdictio (gegenüber der contentiosa iurisdictio). Die Rechtsgeschäfte sind also für den Richter actus voluntariae iurisdictionis entweder merae, wobei die Thätigkeit des Richters rein durch den Willen der Partheien bestimmt wird, nur daß er nicht

---

3) L. 71, pr. D. de cond. (35, 1.)

seine Mitwirkung zu einem evident ungültigen Geschäft leihen darf, oder mixtae, wo er nach eigenem Ermessen handelt, mit causae cognitio.

Solche bestimmte Formen können den Zweck haben, 1) die Gewißheit des Willens außer Zweifel zu setzen, die Aechtheit der Erklärung zu garantiren, 2) widerrechtliche Einflüsse möglichst zu verhindern, 3) das Zustandekommen des Geschäfts zu constatiren, 4) die Gewißheit für die Zukunft zu erhalten. — Ob diese Zwecke erreicht werden, wird von der Beschaffenheit der Formen abhängen. Man hat zu deren Erreichung die richterliche Mitwirkung für die beste Form gehalten. Aber der Vortheil einer sorgfältigen und nachtheilige Einflüsse beseitigenden Abschließung wird häufig durch die Vielheit der Fälle und Ueberhäufung der Gerichte vereitelt, so daß nicht weniger Processe bei gerichtlicher Form zu entstehen pflegen, als wo die Geschäfte privatim abgeschlossen werden. Auch wiegt öfters die Unbequemlichkeit und Kostspieligkeit dieser Form ihre allenfalsigen Vortheile auf.

Die rechtliche Vorschrift einer Form hat regelmäßig die Wirkung, daß die Geschäfte ohne dieselbe ungültig sind. Doch können auch nur gewisse vollkommnere Wirkungen von ihrer Beobachtung abhängig gemacht sein.

Die Form ersetzt nicht die inneren Erfordernisse des Rechtsgeschäftes. Wenn man die richterliche Mitwirkung gerichtliche Confirmation genannt hat, so darf dies nicht so verstanden werden, als wenn dadurch ein wegen materieller Mängel ungültiges Geschäft gültig würde: confirmatio nil novi dat, sed quod adest tantum corroborat.

Die Regel für das heutige Recht ist, daß eine bestimmte Form nicht vorgeschrieben, sie also der Willkühr überlassen ist. Hier hat die Form kein anderes Erforderniß als in dem Wesen der Willenserklärung liegt. Die Erklärung kann 1) eine ausdrückliche sein, durch Mittel der Mittheilung, die keinen andern Zweck als diesen haben, Worte (mündliche oder schriftliche), Zeichen, die die Worte vertreten, nutus;

2) eine stillschweigende, die nicht bloß in der Absicht, diesen Willen zu erklären, vorgenommen ist, die aber aus diesem Willen hervorgehet, und aus welcher daher auf ihn zurückgeschlossen werden kann, concludente Handlungen (auch Worte können eine stillschweigende Erklärung eines sonstigen Willens, außer dem

den sie ausdrücken sollen, enthalten). Beispiele sind: pro herede gestio, Zurückgeben des Schuldscheins (wenn keine andere Absicht unterliegt, die den Erlaß ausschließt), stillschweigender Consens in die schriftliche Aufsetzung oder Unterschrift des Geschäfts, zu dem man zu consentiren hat.

Ueber die Eigenschaft der Concludenz lassen sich keine näheren allgemeinen Regeln geben, sondern es ist dies Sache der Interpretation, quaestio facti, nicht iuris. Dem Handelnden selbst aber ist ein Mittel gegeben, solchen Schlußfolgerungen, die ihm nachtheilig wären, zuvorzukommen: die Protestation, Erklärung gegen eine Deutung einer eigenen Handlung, z. B. des Begrabens eines Todten, der Ernährung eines Verwandten als Liberalität oder Ersatz. Ist ein Vorbehalt von Rechten damit verbunden, deren Verlust außerdem die Folge sein könnte, so heißt die Erklärung Reservation. Es versteht sich, daß die eigene Deutung verbindlich sein muß, und der Handlung nicht widersprechen darf, wie z. B. Reservation des Eigenthums bei einer Zolldefraudation. Protestation ist nur bei eigenen Handlungen und gegen fremde Handlungen in Beziehung auf die Folgen des Stillschweigens dazu, im eigentlichen Sinne möglich. Sonst ist ein bestimmtes Rechtsmittel gegeben, für das nur Bequemlichkeit und Unwissenheit jenen Ausdruck braucht, z. B. bei der operis novi nunciatio. — Die Concludenz einer Handlung kann ferner durch einen Irrthum ausgeschlossen werden, in welchem der Handelnde sich befand, indem er das, was er nicht gewußt, auch gewiß nicht gewollt hat. Ein stillschweigender Verzicht auf das Pfandrecht ist z. B. vorhanden, wenn der Pfandgläubiger in die Veräußerung seines Pfandes willigt, nicht wenn er sein Pfandrecht gar nicht kannte.

Uebereinstimmung von Wille und Erklärung.

§. 65.

Weder Wille für sich, noch Erklärung für sich macht das Rechtsgeschäft, sondern nur ein Wille, der erklärt ist, eine Erklärung, die dem Willen entspricht. Daher das Erforderniß der Uebereinstimmung beider.

1) Absichtliche Nichtübereinstimmung ist Abgeben einer Erklärung, die den wahren Willen nicht ausdrücken soll. Dies kann

offen geschehen, z. B. Abfassung eines Contracts zum Behuf eines bloßen Formulars, oder mit Verhüllung des wahren Willens, also mit der Absicht der Erklärung den Schein eines wirklichen Geschäfts zu geben (Simulation, Erklärung, die den wahren Willen nicht enthält, aber diesen Schein haben soll). Zwei Fälle sind hier möglich: a) es ist ein anderes Geschäft beabsichtigt. Hier gilt dasselbe, wenn dessen Erfordernisse vorhanden sind, also doch auch eine Erklärung des Willens vorliegt, und das Geschäft nicht etwa verboten ist, z. B. Schenkungen, Kauf. Es gilt die Regel: plus valere, quod agitur, quam quod simulate concipitur, b) es ist kein anderes Geschäft beabsichtigt, oder das beabsichtigte ist entweder materiell ungültig (z. B. Schenkung unter Ehegatten) oder wegen Mangels der Form, z. B. Kauf um einen andern Preis, als der geschrieben ist beim schriftlichen Kaufcontract. Hier ist gar kein gültiger Act vorhanden, denn niemals gilt das Simulirte.

2) Unabsichtliche Nichtübereinstimmung wegen Mangel des Willens. Dies kann namentlich durch einen Irrthum veranlaßt werden. Hier tritt der Fall eines Irrthums ein, der den Willen ausschließt, und darum (nicht gerade des Irrthums wegen) das Geschäft ungültig macht.

Ein Irrthum kann bewirken, daß der Wille nicht existirt, oder bei Verträgen ein Wille mit dem andern nicht übereinstimmt. Der Grund der Ungültigkeit ist nicht der Irrthum, sondern der Mangel des Willens oder seiner Uebereinstimmung. Daher kommt es, wie überhaupt nicht auf den Irrthum, sondern auf den Willen, so auch nicht auf die Art des Irrthums an.

Einzelne Fälle:

a) Irrthum über die Identität der Person. Der Handelnde hat eine andere Person im Sinn, als für die er sich erklärt hat, error in corpore hominis. So bei der Erbeinsetzung „placet neque eum heredem esse, qui scriptus est, quoniam voluntate deficitur, neque eum quem voluit, quoniam scriptus non est [1]).“ Ebenso bei Verträgen, wenn die Proposition an einen Andern gelangte, als mit dem ich contrahiren wollte. Dagegen wird der Vertrag nicht ungültig durch einen Irrthum über die Eigenschaften, welche ein Motiv waren, mit dieser Person zu contrahiren.

---

1) L. 9. pr. D. de hered. inst. (28, 5.)

Nur bei letzwilligen Dispositionen kann hier eine Ungültigkeit entstehen (s. oben). Dieser Irrthum macht das Geschäft nicht ungültig, aber er kann die Aufhebung des Geschäfts begründen, insofern die Person nicht die Eigenschaften besitzt, welche zu der von ihr übernommenen Leistung nothwendig sind, z. B. es wird ein Hauslehrer angenommen und es findet sich nachher, daß er ein Jude ist.

b) Irrthum über die Identität des Gegenstandes, error in corpore. Hat der Handelnde einen andern Gegenstand im Sinn, als den er bezeichnet hat, so hat er weder über den einen noch über den andern disponirt. Bei Verträgen ist dies der Fall, wenn beide Contrahenten verschiedene Gegenstände im Sinn haben. Je nachdem der Gegenstand der Species oder dem Genus nach genommen wird, ist es der Irrthum über das Individuum oder die Gattung, welcher diese Wirkung hat. Der Irrthum kann aber auch die Summe betreffen. Bei verschiedenen Summen, welche die Contrahenten im Sinne haben, können sie in die geringere consentiren, wenn entweder keine Gegenleistung stattfindet (Schenkung), oder bei einer Gegenleistung derjenige, welcher die Summe empfangen soll, die mindere im Sinn hat, z. B. der Verkäufer, Vermiether.

Dem error in corpore steht sehr nahe der error in substantia, Irrthum über Eigenschaften, deren Mangel den Gegenstand in der That zu einem andern macht, die also gewissermaßen mit die Identität des Gegenstandes bestimmen, z. B. Irrthum über die Beschaffenheit der Flüssigkeit, ob sie Wein oder Essig sei; über das Geschlecht des Sclaven; ob ein Metall Gold oder vergoldetes Silber oder Kupfer sei.

Einige römische Juristen blieben streng dabei stehen, sie sagten, es sei ein consensus in corpore und daher ein gültiges Geschäft vorhanden. Andere behaupteten mit Recht, in gewissen Fällen sei die Substanz äqual dem Corpus, die Substanz habe die Bedeutung der Individualität, daher sei ein solches Geschäft ungültig. Diese Meinung ist denn auch im justinianischen Recht recipirt.

Bei der Anwendung ist hier zu untersuchen, ob in einem Fall die Eigenschaft, von der es sich handelt, wirklich im Verkehr der Identität des Individuums gleichsteht. Das wird z. B. bei jenen Flüssigkeiten der Fall sein, ferner bei dem Stoff eines Ge-

räthes, bei dem die Façon nicht das Vorwiegende ist, nicht dagegen wo der Stoff zurücktritt, und bei der Benutzung der Werth nicht hauptsächlich in Anschlag kommt, z. B. Gehäuse von einer Taschenuhr — Gehäuse von einem Chronometer. Auf keine Weise kommen Eigenschaften in Betracht, welche die Sache gar nicht ihrem Stoff nach zu einer andern machen, z. B. guter und schlechter Wein ꝛc.

c) Irrthum über das Geschäft, der die Folge hatte, daß der Handelnde gar nicht dies Geschäft beabsichtigte, oder beim Vertrag, daß beide Contrahenten ein Verschiedenes im Sinne hatten, z. B. Schenkung und Darlehn. Der Geber, welcher den animus donandi hatte, kann zurückfordern, nur giebt die Consumtion dem Empfänger die exceptio doli.

3) Unabsichtliche Nichtübereinstimmung wegen Mangels in der Erklärung. So lange die Erklärung noch immer als Erklärung dieses Willens qualificirt werden kann, wenn auch als nur fehlerhafte und unrichtige, so kann nicht schlechthin Ungültigkeit des Geschäfts behauptet werden. Hierauf bezieht sich die Regel: falsa demonstratio non nocet. Anders verhält es sich, wenn sie so mangelhaft ist, daß sie gar nicht als Erklärung dieses Willens gelten kann. Hier ist eine Wille ohne Erklärung, daher das Geschäft ungültig. Z. B. es hat Jemand seine Bücher vermacht und es wäre nachzuweisen, daß er auch seine Weine darunter verstanden hätte (rerum enim vocabula immutabilia sunt). Auf der andern Seite hindert eine bloße Verwechselung des Namens die Gültigkeit des Geschäfts nicht (hominum mutabilia) [1].

Interpretation der Rechtsgeschäfte.

§. 66.

S. das Lehrbuch.

---

1) L. 4. pr. D. de leg. I. (30): Si quis in fundi vocabulo erravit, et Cornelianum pro Semproniano nominavit, debebitur Sempronianus; sed si in corpore erravit, non debebitur. Quodsi quis, quum vellet vestem legare, supellectilem adscripsit, dum putat supellectilis appellatione vestem contineri, Pomponius scripsit, vestem non deberi, quemadmodum si quis putet, auri appellatione electrum vel aurichalcum etiam argentum contineri. Rerum enim vocabula immutabilia sunt, hominum mutabilia.

Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte.

§. 67.

Die Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte läßt sich von formeller und materieller Seite betrachten.

In ersterer Hinsicht ist zwischen Nullität und Anfechtbarkeit zu unterscheiden.

1) Nichtig ist das Geschäft, wenn es in Folge eines gewissen Mangels ipso iure nicht besteht, so gut als wenn gar nichts geschehen wäre (nullum negotium, kein Geschäft). Diese Nullität tritt ein a) wenn ein wesentliches Erforderniß, ohne welches das Geschäft schlechterdings undenkbar ist, fehlt (s. die bisherigen: Handlungsfähigkeit, Dispositionsfähigkeit, Wille, ernstliche Absicht, Erklärung). b) Wenn das Geschäft einem verbietenden Gesetz zuwider ist. Im älteren Recht war diese Wirkung beschränkt auf leges perfectae; im neuern Recht ist sie unbeschränkt, soweit nicht etwa das Gesetz selbst ein anderes vorgeschrieben hat.

2) Rescissibel, wenn es an sich besteht, aber ein Umstand einer Person das Recht giebt, es aufzuheben. Das Geschäft hat ipso iure seine Wirkung, es entsteht daraus ein Recht, aber dieser Wirkung steht das Recht einer andern Person entgegen, durch dessen Gebrauch sie zerstört, also das Geschäft unwirksam gemacht, mithin aufgehoben wird. Der praktische Unterschied zwischen dieser und der ersten Ungültigkeit ist, daß die Aufhebung abhängt 1) von der Existenz eines (rescissorischen) Rechtsmittels, das möglicherweise verloren werden, und dadurch also das Geschäft unangefochten stehen bleiben kann, 2) von dem Willen des Berechtigten Gebrauch davon zu machen. Dagegen ist kein Unterschied in Beziehung auf den Umfang der Aufhebung.

Diese Art der Ungültigkeit tritt ein: a) wenn der Natur der Sache nach der Mangel kein solcher ist, mit dem die Existenz des Rechtsgeschäfts an sich undenkbar ist (z. B. Zwang, Irrthum in den Motiven, Betrug s. oben), soweit nicht etwa durch willkührliche Vorschrift als Anomalie die Nichtigkeit dennoch festgesetzt ist. b) Wenn aus andern exoterischen Gründen dieser Weg als der unter gewissen Umständen geeignetere befunden worden ist, indem hier der Erfolg auf den Willen des Betheiligten gestellt ist, wie z. B. bei der Präterition eines Notherben nach neuestem Recht, wo es passender schien, darauf Rücksicht zu nehmen, daß ja viel-

leicht diesem gar nichts daran gelegen ist ꝛc. Oder es lassen sich die Voraussetzungen der Ungültigkeit nicht so allgemein und objectiv feststellen, so z. B. bei der in integrum restitutio.

Ein dritter Grund dieser Form war das Verhältniß des prätorischen Rechts zum Civilrecht. Der Prätor konnte nicht für null erklären was iure civili bestand. Diese Veranlassung fällt für das heutige Recht weg.

Irrthümer, welche hier vorkommen, sind folgende:

1) Nullität sei anfängliche Ungültigkeit, Rescission nachher eintretende. Aber auch diese kann Nullität, und die Anfechtbarkeit kann umgekehrt von Anfang begründet sein. Diese Meinung ist hervorgegangen aus einem Mißverständniß der Wahrheit, daß bei der Anfechtbarkeit das Rechtsgeschäft bis zur Rescission besteht.

2) Behandlung mancher Anfechtbarkeiten als Nullitäten, z. B. Zwang, s. oben.

3) Behandlung der Nullität analog der Rescission, d. h. Forderung einer Annullation durch eine querela nullitatis. Dies ist deshalb unrichtig, weil Nullität kein Grund für eine Klage sein kann, und was null ist, nicht erst aufgehoben zu werden braucht.

Diese Lehre hat ihren Ursprung im canonischen Recht, nach dem es z. B. eine annullatio matrimonii giebt. Ferner kommt sie im Proceß vor, indem ein Urtheil als nichtig angefochten wird. Man hat hier nämlich die reine Ungültigkeit ipso iure aus verschiedenen Gründen ungeeignet gefunden, z. B. um die Aufhebung zu constatiren, und einen spätern Zweifel zu verhüten; bei der Ehe, um nicht Privattrennungen unter dem angeblichen Schein einer nicht untersuchten Richtigkeit zu veranlassen. Man hätte nun die Sache freilich einfacher als Anfechtbarkeit behandeln können, aber aus verschiedenen Gründen hat man nöthig geglaubt, den Namen oder Begriff der Nullität beizubehalten (z. B. im canonischen Recht, um nicht den Anschein der Aufhebung einer gültigen Ehe zu geben) und dadurch ist diese Anomalie entstanden, die auf die wenigen Fälle zu beschränken ist, wo sie wirklich constituirt ist. Dies haben Viele auch auf die Nullität des Civilrechts übergetragen, wo es durchaus keine Anwendung findet.

4) In neuster Zeit hat man neben der Nullität (der absoluten) und der Anfechtung noch eine dritte zwischen beiden stehende Art der Ungültigkeit unter dem Namen relativer Nul-

lität angenommen, also eine Nullität nur zu Gunsten gewisser Personen, die allein das Recht haben, sich darauf zu berufen. Dies ist ein falscher Begriff; es giebt keine relative Nullität, nur die Rescissibilität ist etwas relatives. Man ist darauf nur dadurch gekommen, daß man Anfechtung durch Klage oder Einrede für den ausschließlichen Modus hielt. Diese Beschränkung liegt nicht im Begriff der Rescissibilität, sondern sie läßt sich auch als einfache Erklärung, gerichtliche oder außergerichtliche denken. Gäbe es aber wirklich solche Fälle, so müßte man sie als bedingte Richtigkeit behandeln, — wie ja z. B. auch die Richtigkeit der Veräußerung eines Dotalgrundstücks eine solche ist, indem sie davon abhängt, daß die Dos an die Frau fällt. Diese Bedingung kann wie bei der Lex commissoria u. a. auch auf dem Willen beruhen.

Materielle Seite der Ungültigkeit.

Es ist eine gänzliche Ungültigkeit eines Rechtsgeschäfts möglich, oder eine theilweise durch Bestehenbleiben der gültigen Bestandtheile ohne die ungültigen, utile per inutile non vitiatur [1]). Dieser Grundsatz tritt ein, wenn das utile gegenüber dem inutile selbstständig ist. Ein doppelter Fall ist hier denkbar: 1) der stehenbleibende Inhalt bildet noch immer dasselbe Geschäft (so wenn nur Nebenbestandtheile ungültig sind, z. B. Schenkung, Zinsen über die gesetzliche Summe). 2) Er bildet ein anderes Geschäft, Conversion. Diese fordert a) die objectiven Bestandtheile des andern Geschäfts; b) daß sie dem Willen der Parteien gemäß sei. Zuweilen kommt als drittes Erforderniß die namentliche Anordnung hinzu; so bei der clausula codicillaris.

Ferner ist die Ungültigkeit entweder von Anfang an vorhanden oder sie wird durch einen nachher hinzukommenden Grund bedingt.

Das letztere trifft ein, wenn ein Erforderniß wegfällt, welches als dauernd vorausgesetzt wird, also ein Erforderniß nicht bloß der Errichtung, sondern der Existenz des Geschäfts, z. B. Testamentifactio des Testators zur Zeit seines Todes. Dagegen wird ein Geschäft nicht ungültig z. B. durch nachherigen Wahnsinn des Handelnden. Die verschiedenen Aeußerungen einiger Stellen

1) L. 1. §. 5. D. de V. O. (45, 1.)

widersprechen sich nicht, sondern zeigen, daß beide Grundsätze neben einander für verschiedene Fälle bestehen.

Manche Juristen haben eine stillschweigende Clausel: rebus sic stantibus annehmen wollen und behauptet, das Geschäft sei ungültig, wenn die Umstände solche würden, unter denen es nicht geschlossen worden wäre. Diese Clausel würde alle Geschäfte unsicher machen, sie ist eine leere Erdichtung und längst verworfen [2]).

Umgekehrt kann ein ungültiges Geschäft nachher gültig werden, Convalescenz. Bei der bloßen Anfechtbarkeit findet dieses der Natur der Sache nach statt (s. oben), bei der Nichtigkeit regelmäßig nicht, sondern nur als seltene Ausnahme, wenn eine Voraussetzung der Nichtigkeit nachher wegfällt, z. B. das dotale praedium bleibt dem Mann. Ein Geschäft kann endlich convalesciren durch landesherrliche Confirmation, was als Privilegium zu beurtheilen ist. Die wahre Convalescenz wird retrotrahirt. Zu unterscheiden von der Convalescenz ist Wiederholung des Geschäfts mit Vermeidung der Mängel, hier findet keine Retrotraction statt.

Von Schenkungen.

Begriff.

§. 68.

Eine ausgezeichnete Classe von Geschäften sind die, deren Inhalt und Zweck eine Veräußerung, Minderung des Vermögens um einen Bestandtheil ist. Sie steht unter gewissen gemeinsamen Grundsätzen in Beziehung auf Handlungsfähigkeit, Dispositionsfähigkeit, sonstige Beschränkungen, z. B. Veräußerungsverbote u. s. f. Unter diesen hebt sich wieder eine Abtheilung durch eine eigenthümliche juristische Natur besonders hervor: die Liberalitäten und noch specieller die Schenkungen. Es besteht eine Anzahl

---

2) Man hat sich dabei auf Stellen berufen, die nichts davon enthalten, wie L. 38. pr. D. de solut. (46, 3): Quam quis sibi aut Titio dari stipulans sit, magis esse ait, ut ita demum recte Titio solvi dicendum sit, si in eodem statu maneat, quo fuit, quum stipulatio interponeretur. Ceterum sive in adoptionem, sive in exilium ierit, vel aqua et igni ei interdictum, vel servus factus sit, non recte ei solvi dicendum; tacite enim inesse haec conventio stipulationi videtur, si in eadem causa maneat. Es ist hier bloß vom solutionis causa adiectus die Rede.

Vorschriften, die auf ein Rechtsgeschäft darum Anwendung finden, weil es unter den Begriff einer Schenkung fällt, und die dieser eigenthümlich sind. Namentlich sind es Einschränkungen, denen diese unterliegen, theils in Beziehung auf die Personen, theils auf den Betrag, theils hinsichtlich der Rechtsbeständigkeit und Dauer des Geschäfts. Darum ist es wichtig, den Begriff der Schenkung genau zu fassen.

Schenkung ist

1) eine Veräußerung d. h. Minderung des Vermögens um einen Bestandtheil, und Vermehrung des Vermögens eines Andern um denselben. Daher ist die testamentarische Zuwendung keine Schenkung. Am klarsten tritt dies hervor bei der Erbeinsetzung; der Testator wird noch immer als Subject des Vermögens fortgedacht, dasselbe ist ihm nicht fremd geworden. Eher könnte man das Vermächtniß so nennen [1]; aber der Testator mindert nur ein künftiges Vermögen (die Erbschaft), als dessen Subject er gedacht wird, jedoch nur vermöge einer Fiction, und welches in seinen einzelnen Bestandtheilen (um die es sich beim Vermögen handelt) dem Erben unmittelbar gehört.

Keine Schenkung ist ferner das bloße Ausschlagen eines Gewinns, z. B. einer Erbschaft, eines Vermächtnisses, Erlaß künftiger Zinsen. Auch dies wird uneigentlich Schenkung genannt, insofern animus donandi dabei vorhanden ist. Aber die Grundsätze von Schenkungen finden darauf keine Anwendung; sonst müßte auch Ablehnung einer Schenkung eine Schenkung sein.

Jede wirkliche Veräußerung aber kann Schenkung sein, wenn die übrigen Momente hinzukommen. Eine Schenkung kann geschehen

a) durch Uebertragung eines Rechts des Schenkers auf den Beschenkten, z. B. des Eigenthumes. Das Rechtsgeschäft, durch welches die Schenkung geschieht, ist hier Eigenthumsübertragung, die Schenkung ist die causa derselben. Ferner Feststellung eines ius in re, Cession einer Forderung.

b) durch Aufgeben eines Rechts zum Vortheil des Beschenkten ohne eigentliche Uebertragung, z. B. eines ius in re an einer Sache, u. s. w.

---

1) So geschieht es in L. 36. D. de leg. (31): Legatum est donatio testamento relicta (Modestin.).

c) Aber auch durch Verpflichtung eines Schenkers, so namentlich durch Bestellung einer Forderung gegen den Schenker kann sie geschehen. Auch dies ist unter dem Begriff der Veräußerung zu fassen, denn das Vermögen ist schon vermindert, und das Geschuldete gehört nur noch nominell zu seinem Vermögen. Das Schenkungsgeschäft ist hier ein verpflichtender Vertrag, muß also die Erfordernisse eines solchen haben, damit die Forderung entstehe. Dies ist das Schenkungsversprechen (Versprechen das eine Schenkung enthält, nicht etwa Versprechen zu schenken).

Aus diesen verschiedenartigen Formen ergiebt sich, daß es ein großer Irrthum ist, die Schenkung in das Obligationenrecht zu stellen. Bei der natürlichen und einfachsten Art der Schenkung kommt gar keine Obligatio vor. Die Schenkung ist eine mögliche causa der Erwerbung aller Vermögensrechte, daher gehört sie zu keiner Classe besonders, sondern in die Lehre von den Rechten überhaupt.

2) Unentgeltliche Veräußerung, also reine Minderung des Vermögens, nicht blos spezifisch, sondern auch dem Werth nach. In dieser Beziehung heißt die Schenkung liberalitas, Act uneigennütziger Gesinnung (nicht jede Liberalität aber ist Schenkung). Dadurch ist ausgeschlossen eine Gabe, zu welcher man rechtlich verpflichtet war. Die Zahlung einer Schuld verändert nicht das Vermögen. Daher ist schon das Schenkungsversprechen die Schenkung, nicht erst die Erfüllung. „Donari videtur quod nullo iure cogente conceditur." Dagegen verträgt sich mit diesem Moment der Liberalität sehr wohl die Erfüllung einer sittlichen Pflicht, und ein Dankbarkeitsact kann eine Schenkung sein (donatio remuneratoria). Dazu gehört aber, daß der Geber es selbst so betrachtet habe (animus donandi s. unten), und zwar eine Liberalität, aber keine Schenkung ist es, wenn derselbe eine Bezahlung für einen Dienst leistete. So wird z. B. stets die Liberalität gegen den Lebensretter behandelt, auf welche die Grundsätze von der Schenkung nicht anzuwenden sind. Ein eigentlicher animus donandi wäre in diesem Falle nicht sittlich und wird darum nicht angenommen.

3) Bereicherung des Empfängers, reine Vermehrung seines Vermögens. Die Schenkung giebt einen Erwerb ex lucrativa causa (nicht umgekehrt ist jede lucrativa causa Schenkung, z. B. Vermächtniß, Erbeinsetzung).

Keine Schenkung ist es, wenn der Empfänger nicht bereichert wird, (obwohl man im gemeinen Leben z. B. von einem Schenken der Freiheit spricht), namentlich also wo etwas gegen Aufopferung eines entsprechenden Werths erhoben wird. Die Auflage eines Modus verträgt sich mit dem Begriff der Schenkung, doch verringert der letztere den Begriff der Schenkung, wenn er in einer Aufopferung besteht. Es ist also nur das nach Abzug des Verwendeten übrig bleibende als geschenkt zu betrachten, wenn in der Verwendung eine Aufopferung liegt, nicht bei der Verwendung zu eigenem Nutzen, insofern doch dadurch etwas erspart wird.

4) Absicht des Schenkers, den Beschenkten zu bereichern: animus donandi, z. B. wer zu wohlfeil verkauft, kann schenken oder nicht.

5) Uebereinstimmung des Empfängers mit dieser Absicht, Empfang als Geschenk. Keine Schenkung ist z. B., wenn der Empfänger das Gegebene als Zahlung empfängt. Ferner Bezahlung fremder Schuld befreit den Schuldner auch ohne sein Wissen, aber Schenkung ist nur möglich, wenn er es weiß, und das Gegebene als Schenkung annimmt. Dies Erforderniß läßt sich so ausdrücken: die Schenkung ist ein Vertrag.

Die donatio ist perfecta und absoluta, wenn die Minderung des Vermögens und Bereicherung wirklich und unwiderruflich geschehen ist. Imperfect wird sie durch eine Bedingung, von der jenes Resultat noch abhängt, 1) eine Suspensivbedingung, wo pendente conditione jener Erfolg noch gar nicht eingetreten ist, 2) Resolutivbedingung, wo dies geschehen, aber der Erfolg noch in seiner Dauer unentschieden, revocabel ist.

Eine donatio imperfecta ist stets die mortis causa donatio, deren Perfection von dem Tod des Schenkers abhängig gemacht ist, sei es in der Eigenschaft einer Suspensiv- oder Resolutivbedingung, s. unten.

Perfect kann sein die donatio inter vivos, eine Schenkung, die entweder schon jetzt perfect, oder deren Perfection wenigstens nicht auf den Tod gestellt ist. Denn auch sie kann mit einer Bedingung geschehen, nur ist diese nicht der Tod des Schenkers.

Donatio inter vivos.

Erfordernisse.

§. 69.

Die Schenkung hat allgemeine und besondere ihr eigenthümliche Erfordernisse.

Die allgemeinen sind 1) die der Rechtsgeschäfte überhaupt, 2) der Veräußerungen insonderheit, 3) noch specieller der Liberalitäten. Daher können Administratoren fremder Güter nicht schenken, auch wenn ihnen die Veräußerungsbefugniß zusteht, so die Procuratoren, Vormünder, Filiifamilias in Beziehung auf das Peculium, auch wenn ihnen libera administratio gegeben ist. Nur eine Ausnahme ist gemacht worden, wo die Anfechtung der Liberalität contra bonos mores wäre. 4) Endlich die Erfordernisse des besondern Rechtsgeschäfts, das in dem concreten Fall den Körper der Schenkung bildet, wie z. B. die Eigenthumsübertragung, Bestellung eines ius in re, obligatorischer Vertrag. Nach römischem Recht war im letzten Fall Stipulation nothwendig, Justinian hat jedoch hier ausnahmsweise dem bloßen Pactum Klagbarkeit gegeben. Heutzutage ist dies keine Ausnahme mehr.

Die besondern Erfordernisse, die der Schenkung eigenthümlich sind, auf der andern Seite aber für alle Rechtsgeschäfte, die unter diesen Begriff fallen, gelten, bestehen in gewissen Beschränkungen. Diese sind

1) persönliche, in Beziehung auf die donationes inter virum et uxorem, s. unten §. 425.

2) Beschränkungen großer Schenkungen.

Nach der Lex Cincia 550. u. c. sollte eine Schenkung unbeschränkt nur an gewisse dem Schenker näher verbundene Personen, namentlich Verwandte, geschehen können (personae exceptae). Bei andern war die Schenkung nur rechtsbeständig, wenn sie 1) eine gewisse Summe nicht überstieg, und 2) in einer gewissen Form (Eigenthums oder Besitzübertragung) geschah. Außerdem konnte der Schenker sie jederzeit widerrufen. Nur wenn er ohne Widerruf starb, war sie gültig. Die Kaiser veränderten dies Recht mehrfach, und nach und nach ging es ganz unter.

Justinian setzte an seine Stelle Folgendes. Es ist kein Unterschied mehr zwischen Schenkungen an Verwandte und andere

Personen. Die Schenkung kann stets durch alle jene Rechtsgeschäfte geschehen, in denen eine Veräußerung ins Werk zu setzen ist. Weiter ist keine Form nöthig, wenn die Schenkung nicht 500 solidi (1400 preußische Thaler) übersteigt (anfangs waren 300 festgesetzt, bei gewissen Schenkungen 500, bis endlich dies allgemeine Maß gegeben wurde). Soll dies Maß überschritten werden, so ist gerichtliche Insinuation nöthig, ohne welche Form die Schenkung mit gewissen Ausnahmen (1. Schenkungen von dem Regenten und an ihn, 2. Schenkungen zum Loskaufe von Gefangenen, 3. zum Wiederaufbau zerstörter Gebäude, 4. Bestellung einer Dos, sofern darin eine Schenkung an eine Frau liegt) auf den Ueberschuß nichtig ist.

Die Anwendung könnte in einigen Fällen zweifelhaft scheinen, darum sind diese besonders von Justinian entschieden:

1) mehrere successive Schenkungen an dieselben Personen sind als einzelne zu betrachten (der Zweck des Gesetzes, übereilte Schenkungen von großem Belang zu verhüten, wird auch hier erreicht).

2) Bei Schenkung jährlicher Rente sind folgende Fälle möglich. Entweder sie übersteigen schon für ein Jahr die gesetzliche Summe, hier ist natürlich kein Zweifel. Oder nicht (und dies wird auch bei der Reduction jener schon für ein Jahr übermäßigen der Fall sein), wie ist hier zu entscheiden? a) Ist die Rente auf eine bestimmte Zahl von Jahren geschenkt, so ist die Summe durch Addition zu ermitteln. b) Ist sie auf immer gegeben oder soll sie auf die Erben beider Theile übergehen, so ist stets Insinuation nöthig. c) Ebenso wenn sie bloß auf die Erben eines der beiden Theile übergehen soll, d) wenn weder auf die Erben des Schenkers noch des Beschenkten, so ist keine Insinuation erforderlich. Die Sätze c. d. sind wegen Dunkelheit der L. 34. §. 4. C. de donat. (8, 54) bestritten. Die natürlichste Erklärung ist: immer wird Insinuation erfordert, wenn die Schenkung auch nur auf die Erben eines der beiden Theile sich fortsetzt. (Die einfachere Entscheidung wäre gewesen: eine solche Schenkung bleibt wirksam ohne Insinuation, so lange bis die allmähligen Zahlungen zusammen die Summe erreichen. Mit diesem Augenblick hört die Rente auf, wenn nicht gerichtliche Insinuation geschehen ist). Man könnte daher das Gesetz auf solche Fälle beschränken, wo die Entscheidung schon jetzt Bedürfniß wird.

Wirkungen.

§. 70.

Eine Veräußerung, die eine Schenkung ist, kann widerrufen werden und diese Eigenschaft ihr also die Dauer entziehen, die sie sonst hätte. Es sind zwei Gründe des Widerrufs: Undankbarkeit und nachgeborne Kinder, wenn die Schenkung von dem Belang ist, daß sie in Voraussetzung dieses Umstandes nicht geschehen wäre.

Ferner tritt eine Modification der Wirkung einer durch Schenkung entstandenen Forderung aus billigen Rücksichten auf das Verhältniß zwischen Schenker und Beschenkten ein (vergl. §. 244. 245). Hinsichtlich der Verzugszinsen war die Frage bei den römischen Juristen schon aus andern Gründen entschieden[1]). Für uns entscheidet das Verhältniß, das es für den Beschenkten zu einer Unsittlichkeit machen würde, Verzugszinsen zu fordern.

Besondere Arten der Schenkung.

§. 71.

Remuneratorische Schenkungen, deren Motiv die Dankbarkeit ist. Man hat hier vollständige oder theilweise Abweichungen von der Theorie der Schenkungen, namentlich Befreiung von ihren Beschränkungen behauptet, und sich dabei auf Stellen[1]), die nicht von eigentlich remuneratorischen Schenkungen, sondern von bloß scheinbaren sprechen, berufen. Wo die Gabe als eigentliche Vergeltung und Belohnung eines Dienstes gemeint ist, da ist sie gar keine Schenkung, wie oben beim Begriff der Schenkung erörtert ist. Ist die Gabe aber wirklich Schenkung, wenn gleich remuneratorisch, so steht sie auch vollkommen unter dem Recht der Schenkung. (Das Gegentheil wäre sehr gefährlich, denn die meisten Schenkungen geschehen an Personen, die uns gefällig auf irgend eine Art und Weise gewesen sind.)

Donatio sub modo, Schenkung mit Auflegung eines Modus bei der Schenkung, welche Auflegung nachher nicht mehr einseitig

1) L. 22. D. de donat. (39, 5): Eum qui donationis causa pecuniam vel quid aliud promisit, de mora solutionis pecuniae usuras non debere, summae aequitatis est, maxime cum in bonae fidei contractibus donationis species non deputetur.

1) L. 22. D. de donat. (39, 5) s. §. 68. Note b des Lehrbuchs.

vom Schenker möglich ist. Der Schenker hat eine Klage auf Erfüllung des Modus (auch der Dritte, dem dadurch etwas zukommen soll, s. oben), aber auch auf Zurückgabe bei Nichterfüllung, nicht bloß des zu Verwendenden, sondern des Ganzen[2]).

1) Die condictio causa data causa non secuta, diese hat auch sein Erbe, aber auf das übrige doch nur soweit der Beschenkte bereichert ist, und nicht, wenn der Empfänger ohne Schuld ist.

2) Wenn der Modus Alimentation des Schuldners war, so ist auch Vindication[3]) statthaft. Endlich

3) der Schenker selbst hat auch die Revocationsklage wegen Undanks und diese ist nicht davon abhängig, daß der Beklagte noch bereichert ist. Nur wenn der Modus erfüllt ist, ist das Verwendete in Abzug zu bringen.

Ueberhaupt kann der Modus die Wirkung haben, den Betrag der Schenkung zu reduciren, und dies hat namentlich auch Einfluß auf die Berechnung der Summe für die Insinuationsfrage, und Rückforderung wegen Mangels. Ohne Grund haben Manche die donatio sub modo in Bausch und Bogen von der Insinuation ausnehmen wollen.

Donatio omnium bonorum. Eine solche Schenkung begründet keine Universalsuccession, das Vermögen wird hier nur im natürlichen Sinn genommen, als Collectivbezeichnung aller einzelner Güter, wie wenn alle speciell aufgezählt wären. Der Beschenkte ist Singularsuccessor, seine Succession wird realisirt durch Uebertragung der einzelnen Rechte oder (wo dies nicht möglich ist) der Ausübung, z. B. Succession der Forderungen; daher auch mit Abzug der Schulden (s. oben).

Sehr bestritten ist die Frage, ob auch das künftige Vermögen geschenkt werden könnte? Gewiß ist, daß es nicht stillschweigend unter dem Vermögen zu verstehen ist. Aber kann nicht die Schenkung ausdrücklich darauf gerichtet werden?

Man läugnet dies[4]), weil eine solche Schenkung ein Erbvertrag wäre, indem ein Erbe daneben nicht möglich sein würde. Nur nach heutigem Recht sei sie, aber eben als Erbvertrag, gültig.

Dies scheint mir unrichtig. Eine solche Schenkung ist kein Erbvertrag, denn sie bezieht sich nicht auf die universitas. Aus

2) L. 3. 8. C. de cond. ob caus. (4, 6.)
3) L. 1. C. h. t.
4) Auch Savigny System IV. §. 159.

eben diesem Grund ist ein Erbe vollkommen möglich. L. 119. de V. S.: Hereditas etiam sine ullo corpore iuris intellectum habet. Eine solche Schenkung ist nur möglich durch Versprechen, diese Forderung absorbirt das ganze Vermögen. Das kann geschehen und geschieht täglich in Beziehung auf andere Forderungen, warum sollte es nicht für schenkungsweise entstandene möglich sein? Das Hinderniß müßte in der donationis causa liegen, dies ist aber gewiß nicht der Fall.

Ferner: ein Schenkungsversprechen kann eine künftig zu erwerbende Sache zum Gegenstand haben, eben so mehrere, warum nicht alle? Wenn jemand alles verspricht, was er im nächsten Jahre erwerben wird, so ist dies möglich; dies kann nicht anders sein, wenn er gerade am Ablauf des Jahres stirbt, folglich kann er auch ohne Weiteres alles schenken, was er bis zu seinem Tod erwerben wird.

Mithin hängt die Gültigkeit dieser Schenkung gar nicht von der des Erbvertrags ab, und ist nicht nach den Grundsätzen von diesem zu beurtheilen.

Mortis causa donatio.

§. 72.

Schenkung auf den Todesfall, quae morte donatoris confirmatur, ist nie eine unwiderrufliche. Also eine Schenkung, deren Motiv der Tod ist (mortis causa im natürlichen Sinn) ist nicht immer mortis causa donatio im juristischen Sinn, der Tod muß die Bedingung sein. Die Revocabilität kann aber beschränkt sein.

1) Jede mortis causa donatio hängt davon ab, daß der Schenker vor dem Beschenkten stirbt.

2) Sie kann mit der Bestimmung geschehen sein, daß schon das Ueberleben einer bevorstehenden Lebensgefahr sie von selbst aufhebt.

3) Sie kann auf Widerruf nach überstandener Gefahr gestellt sein.

4) Es kann jederzeitiger willkührlicher Widerruf bis zum Tod vorbehalten sein. Dies ist sogar als Regel zu betrachten.

Die Bedingung kann als Suspensiv- oder als Resolutivbedingung gesetzt sein. Im letzten Fall geht durch Tradition ꝛc. das Recht schon jetzt auf den donatarius über. Tritt nun die Aufhe-

bung ein (durch den Tod des Berechtigten oder durch Widerruf 2c.), so hat der Schenker die Vindication der Sache, nicht bloß bei der Suspensiv-, sondern auch bei der Resolutivbedingung. Wo diese des Gegenstands wegen oder sonst wegfällt, hat er die condictio causa data causa non secuta (die nicht erfolgte causa ist die Dauer des Willens), aber auch die actio in factum praescriptis verbis (Empfang mit der Zusage der Rückgabe im Fall der Reue). Mit diesen Klagen können auch die Früchte der Zwischenzeit gefordert werden, soweit der Beschenkte dadurch bereichert worden ist. Ein Schenkungsversprechen mortis causa kann nie gegen den Schenker geltend gemacht werden, sondern erst gegen seine Erben.

Die Gleichstellung der mortis causa donatio mit dem Vermächtniß, so namentlich in Beziehung auf die äußere Form, s. im Erbrecht.

Zeit als Entstehungs- und Endigungsgrund von Rechten.

Wirkung der Zeit.

§. 73.

Die Zeit hat einen dreifachen Einfluß, es giebt

1) Zeitabschnitte, an denen gewisse juristische Handlungen nicht vorgenommen werden können. Dies sind Feste, theils kirchliche, theils weltliche, diese heißen in Beziehung auf jene Wirkung feriae. Sie sind ein Hinderniß nur für gerichtliche, und nicht immer für gerichtliche Handlungen aller Art. Das gemeine Recht ist, daß bei Ferien das Hinderniß zum Vortheil der Parteien durch Zustimmung derselben gehoben wird. Kirchliche Feste sind ein Hinderniß für actus contentiosae iurisdictionis. Von den actus voluntariae iurisdictionis nimmt das römische Recht die Manumission, Emancipation und die Vergleiche aus. Das canonische Recht dagegen stellt die Regel auf, daß das Hinderniß wegfällt, wo Gefahr aus dem Verzug entsteht und wo eine sittliche Pflicht erfüllt wird. Die Praxis läßt gewöhnlich noch außerdem alle actus iurisdictionis voluntariae merae zu. Andere Feste sind ein Hinderniß nur für actus contentiosae iurisdictionis, und auch hier sind Gefahr im Verzuge und fiscalische Rechtsstreite ausgenommen.

2) Zeitabschnitte, an denen gewisse Handlungen vorgenommen werden müssen, Termine und Fristen, die auf bestimmte Kalendertage gesetzt sind, z. B. Termine zur Vornahme processualischer Handlungen, Fristen zur Einzahlung von Actien.

3) Zeitabschnitte, durch deren Ablauf, wenn ein Zustand dieselben hindurch bestanden hat, Rechte oder factische Verhältnisse, von denen rechtliche Wirkungen abhängen, verändert werden, z. B. Veränderung des Alters durch die Dauer des Lebens, Veränderung des Eigenthums durch die Dauer des Besitzes, Verlust eines Rechts durch die Dauer einer Versäumniß seiner Ausübung.

Unter die letztere Wirkung (3) der Zeit fallen die Rechtsinstitute, die man unter dem allgemeinen Namen der Verjährung zusammengefaßt hat: Veränderung in Rechten durch Ablauf einer gewissen Zeit, während welcher sie ausgeübt oder nicht ausgeübt worden sind (Präscription, eine verkehrte Anwendung des römischen Ausdrucks, die schon im canonischen Rechte vorkommt). Die Neueren gebrauchen ihn nur für die Fälle, die auf Rechtsvorschrift beruhen, s. g. praescriptio legalis, während die Aelteren wohl auch von einer praescriptio conventionalis, testamentaria, iudicialis sprechen.

Der Zeit nach theilen sie die praescriptio ein in definita und indefinita (unvordenkliche Zeit); der Wirkung nach in praescriptio adquisitiva und exstinctiva. Die Veränderung kann nämlich darin bestehen, daß ein Recht erworben, und darin, daß ein Recht verloren wird. Meistens coincidirt beides, z. B. Usucapion, Klagverjährung. Aber es ist zu unterscheiden, ob die eine oder die andere Rücksicht bei der Gestaltung des fraglichen Instituts die vorherrschende ist. Die adquisitiva wird wieder eingetheilt in constitutiva, z. B. Servitutenersitzung, und translativa, z. B. Eigenthumsersitzung.

Gegen diesen ganzen Sprachgebrauch, welcher Eigenthumsersitzung, Servitutenersitzung, usucapio libertatis, non usus, Klagverjährung rc. unter jenen allgemeinen Namen zusammenfaßt, wäre an sich nichts zu erinnern, als daß er unnöthig, kein wahres Bedürfniß dafür vorhanden ist. Aber dabei ist man nicht stehen geblieben, man hat einen Begriff zu dem Wort gesucht, und die Verjährung als Ein eigenthümliches Rechtsinstitut behandelt, während sie in Wahrheit nur ein willkührliches Collectivum

für total verschiedene Rechtsinstitute ist. Man hat alle diese unter jenen einen Gesichtspunkt gebracht, Grundsätze als allgemeine aufgestellt, die es gar nicht sind, und so ein Institut in das andere gemischt, wodurch die gröbsten Irrthümer entstanden sind. Ganz mit demselben Recht könnte man die Veränderungen in Rechten durch Handlungen zusammenfassen, etwa unter dem Namen Verhandlung, und diese als Ein Rechtsinstitut behandeln, das Tradition, Occupation, Verträge, Delicte, Testamente ꝛc. in sich faßte.

Das Interesse der Wissenschaft und des Rechts selbst fordert, daß man den allgemeinen Begriff der Verjährung ganz aufgebe, und selbst das allgemeine Wort vermeide, das so großem Mißbrauch unterliegt. Die wirkliche allgemeine Theorie der Verjährung liegt nur in der Lehre dieses und der folgenden §§. von der Zeit. Aber diese sind auf der andern Seite nicht auf das, was man Verjährung nennen kann, eingeschränkt.

Zeitabschnitte.

§. 74.

Die Zeitabschnitte heißen Zeittheile, insofern sie als Einheiten genommen werden, ohne Berücksichtigung der kleineren Theile, aus denen sie bestehen, Zeiträume, insofern sie als Summen kleinerer Zeitabschnitte, Zeittheile aufgefaßt werden.

Ein Jahr ist ein Zeitraum von 365, zuweilen (im Schaltjahr) von 366 Tagen. Aber wenn ein Jahr von einem beliebigen Zeitpunkt an gerechnet wird (als bewegliches), so wird immer eine Zeit von 365 Tagen genommen, und der Schalttag kommt nicht in Anschlag [1]).

Ein Monat ist ein Zeitraum von 28 (29), 30, 31 Tagen. Als beweglicher aber wird er genommen als Summe von 30 Tagen, also sind 2 Monate = 60 Tage, 6 Monate = 180 Tage. — Schrader [2]) hat gemeint, dies gelte von Einem Monat, aber nicht von einem mehrmonatlichen Zeitraum, sondern hier sei der Monat ein Zwölftel eines zwölfmonatlichen Jahres mit Weglassung der Brüche, also 2 Monate = 61 Tagen, 6 Monate =

---

1) L. 98. D. de V. S. (50, 16.) L. 3. §. 3. D. de minor. (4, 4.)
2) Schrader, civilistische Abhandlungen. II. 3. (1816.)

182 Tagen. Diese Meinung stützt sich auf zwei Entscheidungen unserer Quellen, in denen Andere wenigstens ausnahmsweise diese Bestimmung finden.

Die Berechnung zu 30 Tagen wird bestätigt durch viele Stellen[3]). Scheinbare Abweichungen geben folgende Stellen:

1) L. 101. D. de R. J.[4]). Wegen dieser Stelle ist man häufig der Meinung gewesen, bei Versäumnißfristen werde ein Tag zugegeben. Dies wird schon sehr zweifelhaft durch eine alte griechische Uebertragung[5]). Zum Verständniß dieser und ähnlicher Stellen dient folgende Bemerkung über die Zählart der Alten. Bei der Bezeichnung durch Cardinalzahlen ist kein Unterschied, dagegen bei Ordinalzahlen, z. B. der dritte Tage ist eine Verschiedenheit. Es giebt hier zwei Zählarten: 1) Mitzählung des Ausgangspunkts, z. B. tertio quoque die, quinto quoque anno, alle vier Jahre. 2) Nichtzählung des Ausgangspunktes, z. B. quarto quoque anno. Das erste ist das gewöhnlichere, also im Zweifel anzunehmen. (Eine andere Frage ist die nach der Mitrechnung des Tags, in den der Anfang fällt.)

Wenn nun von heute an 2 Tage zu rechnen sind, und man rechnet den heutigen nicht mit, aber zählt ihn mit, so ist der letzte dieser 2 Tage der dritte zu nennen, ebenso wenn 60 Tage, der einundsechzigste. Dies sagt L. 101., die also ebendeßwegen ausspricht, daß 2 Monate = 60 Tagen sind, nur daß der Ausgangstag nicht mitgerechnet wird. Die Stelle enthält zweierlei: 1) 2 Monate sind = 60 Tagen. 2) Der erste ist nicht mit einzurechnen (s. §. seq.). Der griechische Uebersetzer hat den zweiten Inhalt weggelassen, den ersten ganz richtig wiedergegeben. Dagegen wäre es falsch gewesen zu sagen, daß 2 Monate = 61 Tagen seien.

2) L. 12. D. de statu hom. und L. 3. §. 12. D. de suis et leg.[6]). In diesen Stellen wird gesagt: „im siebenten Monat der

---

3) L. 40. D. de reb. cred. (12, 1.) L. 11. §. 6. L. 29. §. 5. D. ad L. iul. de adult. (48, 5). L. 22. §. 2. 11. C. de iure delib. (6, 30). Nov. 115. c. 2. — Paul. sent. IV. 9, 5.

4) L. 101. D. de R. J. (50, 17): Ubi lex duorum mensium facit mentionem, et qui sexagesimo et primo die venerit, audiendus est, ita enim et imperator Antoninus cum divo patre suo rescripsit.

5) In dem Werke *περὶ χρόνων καὶ προθεσμιῶν*.

6) L. 12. D. de statu hom. (1, 5): Septimo mense nasci perfectum partum, iam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis; et ideo credendum est, eum, qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est,

Ehe, am 182sten Tage", dieser ist also der erste des siebenten Monats. Die Stellen sprechen auf keine Weise für Schrader, nach dem 6 Monate = 182 Tagen sein würden. Also sind 6 Monate = 181 Tagen? Nein. Wenn der Tag der Eheschließung (also der möglichen ehelichen Conception) als der erste gezählt wird, laufen am 181sten 180 Tage ab, erst am 182sten sind 180 volle Tage zurückgelegt. Also sind 6 Monate = 180 Tagen, nur daß der Tag der Eheschließung nicht gleich als ein voller Tag gerechnet wird.

Dieser Grundsatz von dem Umfang beweglicher Jahre und Monate liegt durchaus den gesetzlichen Fristbestimmungen des römischen Rechts zu Grunde, welche also so zu berechnen sind. Dagegen bei einer durch Vertrag gegebenen Frist, z. B. Wechsel auf Monate nach Sicht, wird Alles auf die Intention der Parteien ankommen, und darüber wird das Herkommen Aufschluß geben. Die Bestimmung „in einem Monat" wird sich häufig auf denselben Tag des künftigen Monats beziehen. Auch bei Proceßfristen, die nach Monaten bestimmt werden, ist dies die bei den meisten Gerichten übliche Berechnung.

Ein Tag ist ein Zeitraum von 24 Stunden, der Kalendertag beginnt und endigt mit der Mitternacht, er heißt dies civilis (bei den Römern fing die Stundenzählung mit Sonnenaufgang und Sonnenuntergang an, so daß Mittag, Mitternacht die sechste Stunde war). Als beweglicher Zeitraum von einer beliebigen Stunde an kommt der Tag regelmäßig nicht vor, weil gewöhnlich auf die Stunden nicht Rücksicht genommen wird, die Tage also nur als Zeittheile, nicht als Zeiträume zur Sprache kommen. Davon nun im folgenden §.

Berechnung eines Zeitraums.

Civilcomputation.

§. 75.

Die Berechnung eines Zeitraums beruht auf zwei Momenten: 1) Feststellung seines Umfangs, d. h. der Summe der Zeit-

iustum filium esse. — L. 3. §. 12. D. de suis et leg. (38, 16): De eo autem, qui centesimo octogesimo secundo die natus est, Hippocrates scripsit, et Divus Pius pontificibus rescripsit, iusto tempore videri natum, nec videri in servitute conceptum, quum mater ipsius ante centesimum octogesimum diem esset manumissa.

theile, aus denen er besteht. Je kleiner diese Zeittheile sind, desto kleiner kann die Bestimmung des Zeitraums sein. 2) Anwendung dieser Bestimmung auf den vorliegenden Fall, Vergleichung eines factischen Zeitraums mit dem rechtlich vorgeschriebenen. Dazu gehört a) die Bestimmung des Anfangspunkts, z. B. Entstehung der Klage, b) die des Endpunkts, z. B. Anstellung der Klage, c) die Rechnung, ob die dazwischen liegende Zeit jener vorgeschriebenen gleichkommt.

Diese Rechnung setzt einen Zeitmesser voraus, nach dem wir die Theile einer concreten Zeit bestimmen, um ihre Summe mit der einer vorgeschriebenen zu vergleichen.

Die Tauglichkeit des Zeitmessers wird von den Zeittheilen abhängen, in welche der Zeitraum zerlegt, und nach welchen Anfang und Ende bestimmt wird. Je kleiner diese sind, desto genauer, aber auch künstlicher und kostbarer, und weniger allgemein anwendbar wird der Zeitmesser sein, so z. B. nach Secunden, Tertien. Dies würde sich bei juristischen Berechnungen nicht durchführen lassen 1) wegen der Unmöglichkeit, solche Zeitmesser als allgemein zugängliche herzustellen, 2) wegen der Unmöglichkeit, in den meisten Fällen den Anfangspunkt und Endpunkt so genau zu constatiren. Es wäre aber auch sehr zwecklos. Die durch das Recht bestimmten Zeiträume sind ihrer Größe nach willkührlich, sie können so und so bestimmt sein, es kommt daher nicht auf eine mathematisch genaue Berechnung an, sondern nur auf eine möglichst gleichmäßige. Wir haben das Bedürfniß eines Zeitmessers, nicht eines in jenem Sinn genauen, sondern eines gleichmäßigen, der überall dasselbe Resultat giebt, und allgemein zugänglich ist. Ein solcher ist der Kalender. Aber der kleinste Zeittheil, über den er Aufschluß giebt, ist der Tag, und zwar wie er im Kalender steht, dies civilis, von Mitternacht zu Mitternacht. Darauf beruht die juristische Berechnung, Civilcomputation (ad dies numerare). Der Tag wird als der kleinste Zeittheil genommen, der nicht wieder in seine Theile zerlegt, sondern als untheilbare Einheit genommen wird. Eine auf Rechtsvorschrift beruhende Zeitfrist besteht aus Kalendertagen (nicht Stunden, Minuten), bei der Bestimmung des Anfangs wird auf den Tag gesehen (der denn auch in der Regel mit vollkommener Sicherheit zu constatiren sein wird), an dem etwas geschehen ist, nicht auf die Stunde rc., und von da an müssen so viel Tage abgelaufen sein,

als der vorgeschriebene Zeitraum enthält. — Im Gegensatz dazu heißt die Berechnung nach kleinern Zeittheilen: a momento ad momentum, ad momenta temporum, Naturalcomputation. Die Civilcomputation nimmt den Tag nur als Zeittheil, die Naturalcomputation auch als Zeitraum.

Der allgemeine Begriff der Civilcomputation ist, sie ist eine Computation ad dies, ohne Berücksichtigung der kleinern Zeittheile. Hiernach ist es gleichgültig, ob ein Ereigniß auf die erste oder die letzte Stunde des Tages fällt. Der Tag ist eine untheilbare Einheit. Daher die Regel: dies coeptus habetur pro completo (nicht excesso) (Wie es ja auch bei der mathematischen Computation gleich ist, ob das Ereigniß in den Anfang oder das Ende der Secunde fällt.)

Aber ein Unterschied ist zu bemerken:

1) In gewissen Fällen wird der Tag, an dem der Zustand begonnen hat, mitgerechnet, und der letzte braucht nur angefangen zu sein. Der letzte aber ist ebendeshalb hier der, welcher dem, worein der letzte Moment nach der Naturalcomputation fallen würde, vorausgeht, z. B. der Zustand hat begonnen am 1. Januar, der letzte ist der 365ste Tag, also der 31. December, daher ist die Zeit vollendet nach der Mitternacht zwischen 30. und 31. December. Dies wird auch so ausgedrückt: Der Zeitraum braucht nur erfüllt, nicht überschritten zu sein (completum, nicht excessum). Dies ist eine Verschiedenheit von Belang bei der Civilcomputation, weil die Zeittheile hier Tage sind. Wenn sie Stunden wären, würde das viel weniger bedeutend sein, und gar nicht bei Secunden, wo zwischen Vollendung und Ueberschreitung kein merklicher Unterschied ist.

Diese Berechnungsweise tritt ein, wenn durch die Dauer eines Zustandes etwas erworben werden soll; die Voraussetzung ist: der Zustand soll an so und so viel Tagen bestanden haben, er hat auch am letzten Tag bestanden, da ein Moment so viel ist als der ganze Tag. Beispiele im geschriebenen Recht sind: anniculus, Usucapion, Manumissionsmündigkeit, Testamentsmündigkeit (s. die im Lehrbuch Note c. abgedruckten Stellen).

Manche Juristen [1]) bestimmen den letzten Tag irrig als den, nach welchem nach der natürlichen Computation der Zeitpunkt

---

1) So namentlich Savigny, System §. 182—188.

fällt. Dies wäre eine Combination der Civil- und Naturalcomputation, welche an sich nicht zu vermuthen ist, die Bestimmung würde aus einer consequenten eine ganz willkührliche. Die Zahl der Tage muß entscheiden. Ferner ist jene Meinung gegen die Entscheidungen des geschriebenen Rechts, besonders L. 5. qui test.[2]), wo dieser Fall gegeben, aber ausdrücklich bemerkt wird, es sei noch weiter zu gehen.

Der Hauptgrund für jene Meinung ist die allzugroße Abweichung. Man erschrickt vor ihr, als wenn dies bei der Willkühr der Zeitbestimmung irgend relevant sein könnte. Sodann eine Stelle von Gellius, aus Q. Mucius, der das Jahr des usus, durch welches die manus über die Frau entstand, so berechnete, daß es, am ersten Januar begonnen, erst Mitternacht zwischen 31. December und erstem Januar ablief. Aber diese Berechnung ist keine Abweichung von jenem Princip, sondern in der Entscheidung der Frage enthalten, ob die Grundsätze von dem Erwerb, oder von dem Verlust eintreten sollten (s. ad 2)[3]).

2) In gewissen Fällen muß der letzte Tag ganz abgelaufen, die Zeit muß überschritten sein. Diese Berechnung tritt ein, wo die Zeit für den Verlust durch Versäumniß festgesetzt ist. Erst wenn der letzte Tag abgelaufen ist, kann man sagen, es sei auch der letzte Tag der Ausübung versäumt. Eine Anwendung davon findet statt bei der Klagverjährung und andern Fristen für eine Handlung[4]). Consequent müßte man zwar den Tag, in den das Anfangsereigniß, z. B. die Entstehung der Klage, fällt, nicht mitrechnen, denn es sollen so und so viel Tage des Versäumnisses ablaufen, und jenen ersten kann man eigentlich noch nicht so bezeichnen. Aber diese Consequenz wird nicht überall in unsern Quellen beobachtet. (Es ist ein großer Irrthum, wenn Einige

---

2) L. 5. D. qui testam. (28,1): A qua aetate testamentum vel masculi vel feminae facere possunt, videamus. Verius est in masculis quidem quartum decimum annum spectandum, in feminis vero duodecimum completum. Utrum autem excessisse debeat quis quartum decimum annum, ut testamentum facere possit, an sufficit complesse? Propone aliquem calendis ianuariis natum testamentum ipso natali suo fecisse quarto decimo anno, an valeat testamentum? Dico valere. Plus arbitror, etiam si pridie calendarum fecerit post sextam horam noctis, valere testamentum, iam enim complesse videtur annum quartum decimum, ut Marciano videtur.

3) Vergl. über jene Stelle die Beilage IV.

4) L. 61. D. de O. et A. (44, 7.) L. 1. §. 9. D. de succ. ed. (38, 9.) L. 30. §. 1. D. ad L. Iul. de adult. (48, 5.)

diese Anwendung der Civilcomputation unter 2) für Naturalcomputation halten.)

Die Naturalcomputation kommt ein einziges Mal vor, bei der Berechnung der Minderjährigkeit, wo es zum Vortheil der Person gereicht, daß die Großjährigkeit später eintritt [5]).

Man hat gefragt, wie es in andern Fällen außer den entschiedenen zu halten sei? Viele haben geglaubt, die Naturalcomputation sei die Regel, die Civilcomputation die Ausnahme. Dies ist entschieden unrichtig. Die Civilcomputation ist auf ein juristisches Bedürfniß gegründet, sie ist ferner eben die juristische und darum in juristischen Verhältnissen die Regel.

Die Naturalcomputation kann bei Zeitfristen, die auf Privatdisposition beruhen, nothwendig werden, z. B. wenn festgesetzt ist „in 2 mal 24 Stunden", in welchem Falle die Naluralcomputation, d. h. die Beschränkung auf Stunden die Absicht der Verfügung ist. Ferner wenn es sich um eine Maschine handelt, die innerhalb einer gewissen Zeit eine gewisse Wirkung hervorbringen soll, wo es auf Minuten und Secunden ankommen kann.

Eine Singularität ist folgender Rechtssatz. Die Fähigkeit zu Ehrenämtern in Städten wird erworben durch das vollendete 25 Jahr [6]). Hier soll der Anfang des 25. Jahres hinreichen. Es ist dies ein Satz des öffentlichen Rechts, der keine Anwendung findet. — Etwas Anderes ist der Satz, daß annua legata mit dem Anfang des Jahres erworben werden [7]), dies ist keine Folge einer besondern Computation, sondern hat andere Gründe.

Behandlung des Schalttags [8]).

1) Wenn er in den Lauf des Zeitraums fällt. Der Schalttag macht mit dem Tag, welchem er angehängt ist, Einen dies civilis; somit bleibt er außer Ansatz, biduum pro uno die habetur, daher augetur tempus. So bei gesetzlichen Zeiten. Bei den durch Privatwillen gesetzten, z. B. der lex commissoria, wenn nicht in 30 Tagen der Preis bezahlt ist, ist dies nicht anzunehmen, denn es kann nicht vorausgesetzt werden, daß die Parteien jene Kalenderregel im Sinn gehabt hätten [9]).

---

5) L. 3. §. 3. D. de minor. (4, 4.)
6) L. 8. D. de munerib. (50, 4.)
7) L. 5. 8. 22. D. de annuis leg. (33, 1.)
8) Vgl. Beil. V.
9) L. 2. D. de div. temp. praescr. (44, 3.)

2) Wenn er den Anfang oder Schluß des Zeitraums bildet, so ist ebenso zu verfahren. So ist bei der am 25. Februar beginnenden Usucapion der 25ste der erste. Die am 24sten ablaufende Klagverjährung läuft erst am 25sten ab. Der am 24. und 25. Februar im Schaltjahr Geborne hat seinen Geburtstag am 25sten, im gemeinen und im Schaltjahr, der im gemeinen Jahr am 24sten (Matthiastag) Geborene hat im Schaltjahr seinen Geburtstag am 25sten (Matthiastag) [10].

Diese Grundsätze müssen auch heutzutage gelten, da wir dasselbe Princip der Einschaltung haben, wie die Römer. Das andere Numeriren des Tags ändert nichts, da alsdann nur ein Unterschied der Benennung, nicht des Kalenders vorhanden ist. Außerdem würde das die Berechnung unnöthig erschwerende Resultat herauskommen, daß bei einer Verjährung von 30 Jahren, die sieben oder acht Schaltjahre einschließen, die Frist um sieben oder acht Tage früher zu Ende ginge.

Utile tempus.

§. 76.

Continuum tempus heißt die Zeit, welche aus lauter zusammenhängenden Momenten besteht, die also, wenn der Anfang einmal eingetreten ist, so berechnet wird, daß alle Tage ohne Ausnahme gezählt werden. Eine Modification tritt nur dann ein, wenn ein Intervall vorkommt, an welchem die Zeit nicht laufen soll, ohne daß sie doch unterbrochen wird, ruhende Verjährung.

Utile tempus ist eine Zeit, die mit Rücksicht auf gewisse Hindernisse der Vornahme einer Handlung berechnet wird, so daß nur diejenigen Tage gezählt werden, an denen diese Hindernisse nicht vorhanden sind. Dadurch kann sich der Zeitraum erweitern, z. B. ein Jahr kann vielleicht zu vier anwachsen, wenn erst in diesem vierjährigen Zeitraum 365 Tage ohne jene Hindernisse fallen. Daher der Name tempus utile.

Die Regel ist das tempus continuum, das tempus utile die Ausnahme. Die letztere tritt nie ein bei Zeiten, durch welche etwas erworben werden soll, niemals ferner auch bei Verlust durch Versäumniß, wenn die Handlung, die versäumt wird, nicht eine

---

10) Vgl. §. 74. Note c des Lehrb.

gerichtliche ist, nie wo die Zeit über ein Jahr, endlich nur, wo die Zeit durch Rechtssatz festgesetzt ist, nicht durch Verfügung für den einzelnen Fall, z. B. bei richterlichen Fristen.

Für den Eintritt des tempus utile gilt folgendes Princip. Es findet Statt bei Zeiträumen von 1 Jahr und darunter, welche für die Vornahme einer gerichtlichen Handlung gesetzt sind.

Drei Classen von Hindernissen werden berücksichtigt, welche entweder in dem Charakter der vorzunehmenden Handlung selbst liegen, und deren Vornahme an diesem Tag unmöglich machen, oder in der Nothwendigkeit der Anwesenheit einer anderen Person, oder in dem Zustande (z. B. der Abwesenheit oder Krankheit) der Handelnden, sofern nicht ein Stellvertreter möglich war.

Die Berücksichtigung des Nichtwissens von der Zuständigkeit der Handlung gehört nicht zu dem Charakter des tempus utile, sie kann bei beiden Zeitarten vorgeschrieben sein, und bei beiden wegfallen (das letztere ist natürlich die Regel).

Auf der irrthümlichen Herbeiziehung des Nichtwissens beruht die Eintheilung der Neuern: tempus utile ratione initii et cursus (tempus utile mit Berücksichtigung des Nichtwissens), utile ratione cursus, continuum ratione initii (tempus utile; ohne Berücksichtigung des Nichtwissens), utile ratione initii, continuum ratione cursus (tempus continuum mit Berücksichtigung des Nichtwissens), continuum ratione initii et cursus (tempus continuum ohne Berücksichtigung des Nichtwissens.)

Unvordenkliche Zeit.

§. 77.

Der Beweis der Entstehung eines Rechts wird um so schwieriger, je weiter diese Entstehung zurückliegt. So würde die Dauer eines Rechts seine Erhaltung und Wirkung selbst unsicher machen. Dies führt darauf, die lange Dauer seiner Ausübung selbst schon unter gewissen Voraussetzungen als Surrogat für den Beweis rechtmäßiger Entstehung gelten zu lassen. Die Voraussetzungen werden darauf berechnet sein, die Möglichkeit einer bloßen rechtswidrigen Usurpation in die Ferne zu rücken. Je kürzer die Dauer ist, desto strenger werden diese sonstigen Erfordernisse sein (z. B. Nachweis eines Rechtstitels für die Ausübung); je länger die Dauer, desto mehr wird an den sonstigen Erfordernissen nachzulassen sein.

Bei manchen Rechten (Eigenthum, Servituten ꝛc.) hat die Ausübung schon während einer bestimmten kürzern oder längern Zeit jene Wirkung. Diese Zeit kann sein: 3, 10, 20, 30, 40 Jahre, Ersitzung. Bei manchen tritt eine Zeit von unbestimmter Dauer, eine unvordenkliche Zeit ein, vetustas (in dem besonderen Sinn des Worts).

Ein Recht wird darum als erworben behandelt, weil es so lange ausgeübt ist, daß der Anfang dieser Ausübung über Menschen Gedenken hinausliegt, unvordenkliche Verjährung, praescriptio immemorialis, cuius contrarii memoria non exsistit. Die rechtmäßige Entstehung kann nicht bewiesen werden, da überhaupt die Entstehung, weil sie in eine undurchdringliche Vergangenheit fällt, nicht mehr erwiesen werden kann.

Die unvordenkliche Zeit beruht also darauf, daß der Anfang des gegenwärtigen Zustandes verborgen ist, origo memoriam excessit; daher 1) niemand da ist, welcher über den Anfang aus eigener Anschauung oder vom Hörensagen Auskunft zu geben vermag, 2) niemand, der von früher Lebenden, welche den Anfang auf jene Weise kannten, Auskunft darüber gehört hat (vgl. Note d des Lehrbuchs).

Für den Beweis der unvordenklichen Zeit genügt es

1) wenn entweder Zeugen, welche das letzte Menschenalter mit vollem Bewußtsein durchlebt haben, aussagen, daß sie nichts anders, als den gegenwärtigen Zustand gesehen, noch von ihren Vorfahren anders gehört haben. Das Alter der Zeugen ist auf 54 Jahre festzustellen (indem man nämlich zu dem Alter der Mündigkeit noch 40 Jahre hinzufügt), doch hat man immer auch funfzigjährige zugelassen; jüngere Zeugen sind nicht tauglich, 2) oder wenn durch andere Beweismittel z. B. Urkunden das fortwährende Bestehen des Zustandes in den zwei letzten Menschenaltern nachgewiesen wird.

Von dem Beweis des Titels kann natürlich der Natur der Sache nach nicht die Rede sein, da die unvordenkliche Zeit den Titel ersetzt.

Es ist jedoch ein Gegenbeweis möglich, dieser wird aber nicht gegen das Recht, sondern nur gegen die unvordenkliche Zeit geführt, was man häufig verwechselt hat.

Dieser Gegenbeweis ist geführt, wenn für jene Zeit der 2 letzten Menschenalter eine Unterbrechung der Dauer des Zu-

standes nachgewiesen wird, also eine Zwischenzeit, wo er als obligatorisch nicht bestand, nicht blos also ein non usus; 2) wenn überhaupt für irgend eine Zeit ein bestimmter Anfang nachgewiesen wird. Es ist hier von dem Nachweis eines bestimmten Anfanges die Rede, nicht daß jener Zustand überhaupt einen Anfang gehabt, denn dies ist ohnehin gewiß, die unvordenkliche Zeit ist keine ewige. Jener bestimmte Anfang braucht aber nicht in die 2 letzten Menschenalter zu fallen, auf welche sich der Beweis der unvordenklichen Zeit beschränkt, weil er anders gar nicht möglich ist. Darauf bezieht sich auch die zweite Stelle der Note d des Lehrbuchs, wo es heißt: et hoc infinite similiter sursum versum.

Das Institut der unvordenklichen Zeit findet im römischen Recht in solchen Fällen Anwendung, wo eine Erwerbung durch bestimmte Zeit nicht stattfindet, es dient also als Ergänzung des Instituts der Ersitzung. Die unvordenkliche Zeit wird namentlich da ihren Platz finden, wo die Rechtmäßigkeit des Zustandes eine obrigkeitliche Concession voraussetzt: vetustas legis vicem habet, pro lege habetur, z. B. bei Dämmen zur Regulirung des Wasserlaufs, bei Wegen, denen die Eigenschaft öffentlicher zugeschrieben wird rc.; ferner im canonischen Recht in solchen Fällen, wo die praescriptio definitiva nicht stattfindet, weil ein Titel mangelt, welchen die unvordenkliche Zeit ersetzt. Endlich in den deutschen Reichsgesetzen für die Immunitäten.

Jedes Recht kann durch unvordenkliche Zeit erworben werden, vorausgesetzt 1) daß die Person die Fähigkeit hat, an diesem Gegenstand dieses Recht zu haben, wenn auch nur durch Privilegium, 2) daß die Voraussetzungen in den Grenzen der Möglichkeit liegen, also namentlich eine dauernde Ausübung stattgefunden hat; 3) muß nicht eine Ersitzung mit bestimmter Zeit festgesetzt sein, welche die unvordenkliche Zeit unnöthig macht. Bei Servituten müßte dieselbe eigentlich wegfallen, doch hat die Praxis sie gewöhnlich zugelassen wegen des die Ersitzung ausschließenden Vitium's (vi, clam, oder precario), welches, auch bewiesen, die unvordenkliche Zeit nicht hemmt (was Savigny dagegen bemerkt ist nicht haltbar, wie es scheint).

Man hat einen unnützen Streit darüber geführt, ob die Wirkung der unvordenklichen Zeit als Ersitzung oder als Vermuthung zu bestimmen sei, d. h. als Erwerbsgrund oder als bloßes Darthun eines anderen Erwerbsgrundes. Das Recht

gilt als erworben, weil es so lange ausgeübt worden ist, diese Länge der Zeit ersetzt den Beweis des Erwerbsgrundes, und insofern kann man die unvordenkliche Zeit als Vermuthung bestimmen; aber dies ist auch bei jeder Ersitzung der Fall, und umgekehrt wird durch die unvordenkliche Zeit ein Recht begründet, wie durch Ersitzung. Man kann daher sagen, für den Gesetzgeber ist die Wirkung der unvordenklichen Zeit eine Vermuthung, für den Richter eine Ersitzung.

Der ganze Streit ist aber unnütz, weil die Fragen, deren richtige Beantwortung man von der Ansicht, daß die Wirkung eine Vermuthung sei, abhängig glaubt, sich ebenso richtig aus dem andern Princip entscheiden lassen z. B. die Frage vom Gegenbeweis; s. oben.

Ein anderer Satz, welchen man durch Qualificirung der unvordenklichen Zeit als Vermuthung hat begründen wollen, ist der, daß ein allgemein von der Verjährung sprechendes z. B. die Verjährung ausschließendes Gesetz nicht ohne weiteres auf die unvordenkliche Zeit bezogen werden darf. Dieses Resultat ergiebt sich aber auch bei der Auffassung als Verjährung. Die unvordenkliche Zeit hat gerade zur Sphäre ihrer Anwendung die Fälle, wo eine gewöhnliche Verjährung nicht zulässig ist. Also macht ein solches Gesetz vielmehr gerade Raum für die unvordenkliche Zeit.

Umgekehrt haben Einige den Irrthum, daß die unvordenkliche Zeit auch bei Forderungen Anwendung finde, dadurch unterstützen wollen, daß es eine Vermuthung sei. Allein jene Anwendung wird schon durch die Voraussetzung des Instituts ausgeschlossen, daß es die dauernde Ausübung eines Rechts fordert. Dies ist bei Forderungen nicht möglich. Eine vollkommene Ausübung der Forderung ist Zahlung, also eine solche, welche die Forderung aufhebt, eine Ausübung, neben welcher die Forderung fortdauert, giebt es nicht. Zinsenzahlung ist allerdings Anerkennung der Hauptforderung, aber nicht Ausübung derselben.

Viertes Kapitel.

Der Schutz der Rechte.

Allgemeines.

Verletzung.

§. 78.

Erfordernisse für die wirkliche Existenz eines Rechts sind: Begründung durch Rechtsvorschrift, Gegenstand, Berechtigter — von diesen war bisher die Rede, nun ist noch ein Erforderniß zu erwähnen: der Schutz gegen Verletzung. Neben dem Recht geht die Möglichkeit eines Unrechts her. Soll das Recht eine Realität sein, so muß dafür gesorgt sein, daß ein Unrecht, eine Rechtsverletzung beseitigt, das Recht dagegen wiederhergestellt werde. Diese Anstalt ist der Schutz der Rechte. Derselbe setzt, wenn er von Erfolg sein soll, voraus, daß die Ausübung des Rechts sich mit Zwang durchsetzen und wiederherstellen lasse. Nur ein solcher Anspruch, bei dem dies möglich ist, kann ein rechtlicher sein. Daher ist z. B. kein Recht möglich auf eine gewisse Gesinnung, denn diese läßt sich nicht erzwingen, wohl aber auf gewisse äußere Thatsachen, die aus einer solchen Gesinnung folgen. So kann ich nicht eine achtende Gesinnung fordern, aber eine Unterlassung der äußern Handlungen, welche aus einem Mangel jener Gesinnung hervorgehen.

Das Unrecht ist entweder absolutes (Unrecht gegen alle Rechtsgenossen, Verletzung des Rechts überhaupt, Verbrechen), oder relatives (Unrecht gegen gewisse Personen, Verletzung eines Rechts, das einem Andern zusteht). Dieses Unrecht ist mit einer Anerkennung des Rechts überhaupt verbunden, indem der im Unrecht Befindliche doch das Recht will. Er anerkennt das Recht als Vorschrift, nur nicht als die rechtliche Macht einer gewissen Person. Diese Verletzung, wenn der Urheber sein Unrecht nicht einsieht und beseitigt, führt zu einem Rechtsstreit. Einem solchen liegt stets ein Unrecht, aber nur ein relatives, zu Grunde. Im Kreis des Privatrechts ist nur von diesem Unrecht die Rede. Selbst das absolute Unrecht, wenn es in diesen Kreis gezogen

wird (Privatdelict), wird von diesem Standpunkt, als ein bloß relatives, behandelt.

Ueber den Begriff der Ausübung der Rechte, an den sich der der Verletzung anknüpft, s. d. Lehrbuch. Verletzung ist nicht Entziehung des Rechts, sondern seiner Ausübung.

Sicherung.

§. 79.

Die Möglichkeit des Unrechts bringt Sicherungsmittel hervor, Cautionen, welche theils mögliche Verhütung einer Verletzung (z. B. Feststellung eines Rechts durch Verbalcaution, Bestärkung durch Eid, Sequestration der Sache &c.), theils Verschaffung sicherer Mittel der Wiederherstellung (z. B. Pfand, Bürgen, Beweismittel zur Vereinfachung des künftigen Rechtsstreits &c.) zum Zwecke haben.

Die Cautionen sind zum Theil freiwillig, zum Theil aber ist es für gerecht gehalten worden, jemanden durch Rechtsvorschrift zur Stellung einer Caution zu verpflichten, ja es giebt Fälle, wo sie ohne einen besondern Act ipso iure eintritt, so das gesetzliche Pfandrecht.

Die allgemeinen Grundsätze und Eintheilungen enthält das Lehrbuch. Das Specielle gehört an die einzelnen Orte.

Schutz.

§. 80.

Die beste Sicherung schließt die Möglichkeit des Unrechts nicht aus, die Cautionen selbst geben nur Rechte, die ebenfalls wieder verletzt werden können, ja schon die Zuständigkeit und Statthaftigkeit der Caution kann bestritten, der Anspruch auf die Caution selbst kann verletzt werden. — Wir haben durch die Einschiebung der Cautionslehre die Frage des Schutzes nur aufgeschoben, nicht beseitigt. —

Es handelt sich also um eine eingetretene Verletzung, die beseitigt werden soll, darin besteht der Schutz des Rechts. Die Beseitigung der Verletzung besteht in der Anerkennung des Rechts durch den Verletzten, aber in einer thätigen Anerkennung, wodurch der Zustand vor der Verletzung hergestellt wird. Darin kann ein Unterlassen, aber auch ein positives Handeln liegen.

Die Macht, welche diese Anerkennung gegen den Widerstrebenden erzwingt, und so unser Recht schützt, kann entweder unsere eigene sein (Eigenmacht, Selbsthülfe), oder eine über den Parteien stehende, die Macht der Obrigkeit, der Repräsentantin des allgemeinen Willens.

Viele Juristen stellen das Princip auf: Eigenmacht und Selbsthülfe seien an sich schon etwas Widerrechtliches, es sei eine Singularität, wenn sie in dem einen oder andern Falle erlaubt würden. Dieses Princip hat im römischen Recht keine Stütze, auch im germanischen Recht ist es nicht begründet. Es ist ein modernes Princip, aus dem System des Zuvielregierens und Bevormundens entstanden, dem wir am wenigsten im Privatrecht freien Spielraum geben dürfen.

Der rechte Grundsatz ist vielmehr folgender. Daß eine Handlung zum Zweck des eigenen Schutzes eines Rechts vorgenommen, ist für ihre rechtliche Beurtheilung zunächst noch indifferent. Durch jenen Zweck wird 1) eine widerrechtliche Handlung nicht entschuldigt, 2) eine sonst erlaubte Handlung nicht widerrechtlich.

Dies letztere tritt namentlich ein bei dem Widerstand, der einem fremden Versuch, einen gegenwärtigen rechtlichen Zustand zu verändern, entgegengesetzt wird (Selbstvertheidigung). Ebenso wenn der Eigenthümer von seinem Recht Gebrauch macht, keine fremde Sache auf seinem Grund und Boden zu dulden, z. B. fremdes Vieh vertreibt, fremde Sachen wegschafft. Jede Eigenmacht gehört hierher, wodurch jemand nur den Andern vermögen will, als Kläger aufzutreten, also sich das commodum possessionis erhalten (nicht erst verschaffen) will.

Dagegen sind allerdings einige widerrechtliche Handlungen durch die Gesetze besonders verpönt worden, wenn sich damit die Intention einer Selbsthülfe verbindet. Das Motiv ist, Beseitigung einiger Fälle, wo die Selbsthülfe die Rechtssicherheit besonders gefährden könnte. Das Singuläre ist nicht die Ahndung überhaupt, denn diese folgt aus der Widerrechtlichkeit der Handlung, sondern die besondere Ahndung in diesem Fall, während nach allgemeinen Rechtsprincipien nur gesagt werden müßte, daß die Handlung nicht darum entschuldigt werde.

1) Geltendmachung des Eigenthums oder eines sonstigen dinglichen Anspruchs durch gewaltsame Bemächtigung der im Besitz eines Andern befindlichen Sache. Die Strafe ist hier Ver-

lust des Eigenthums ꝛc., oder wenn der Thäter kein Recht hatte, des Werths der Sache.

2) Geltendmachung einer Forderung a) durch Wegnahme von Sachen des Schuldners ohne dessen Willen und ohne den Richter, um sich zu befriedigen (nicht nothwendig gewaltsame Wegnahme), Decretum D. Marci; b) durch Zwang gegen den Schuldner, ihm Sachen zu geben (also nicht einseitige Wegnahme); c) Wegnahme von Sachen eines Andern, als des Schuldners, um der Forderung willen; d) Sichbemächtigen der Kinder des Schuldners. Das decretum D. Marci setzt als Strafe den Verlust der Forderung fest, eine Bestimmung, die auf die andern genannten drei Fälle ausgedehnt ist. Handlungen, welche an und für sich keine rechtswidrigen sind, sind nie darunter zu stellen. Wenn z. B. jemand durch Täuschung seinen Schuldner ihm zu zahlen bewegt, so ist dies kein rechtswidriger Dolus, da kein Gewinn und kein Verlust damit concurrirt.

Umgekehrt ist in einem Fall eine Selbsthülfe zugelassen, und von allen diesen Bestimmungen 1 und 2 ausgenommen, obgleich ein Zwang damit verbunden ist, wenn nur die Gränzen des Zwecks nicht überschritten sind. Die Strafen 1 und 2 fallen nämlich weg, wenn in einem solchen Fall richterliche Hülfe schlechterdings unmöglich ist, so daß der Berechtigte in unmittelbarer Gefahr war die Ausübung seines Rechts für immer und unwiderruflich zu verlieren, z. B. ich erreiche den Besitzer meiner Sache unmittelbar vor seiner Flucht, oder meinen Schuldner in gleichem Fall, und widersetze mich seiner Entfernung, bis ich die Zahlung erhalte. Der letzte Fall ist ausdrücklich in L. 10. §. 16. D. quae in fraud. cred. (42, 8) entschieden. Aber auch das decretum D. Marci selbst verweist auf die richterliche Hülfe („optimum est ut, si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris"), und genehmigt dadurch stillschweigend jene Ausnahme. Es liegt darin eine gewisse Nothwendigkeit und es wäre unvernünftig, die Selbsthülfe zu verbieten, wo keine richterliche Hülfe möglich ist.

Der im allgemeinen allein ausreichende Schutz ist der durch die Obrigkeit, oder wie sie in dieser Function heißt, den Richter. Er hat diese Eigenschaft 1) durch seine dem Recht entsprechende Form, 2) durch seine Sicherheit (unabhängig von der Macht der Einzelnen), 3) durch die alleinige Möglichkeit einer Entscheidung, die er, im Fall einer Bestrittenheit des Rechts, gewährt. Auch

die Anwendung der Eigenmacht wird immer in diesem Fall noch zur richterlichen Hülfe führen.

Die Funktion der Obrigkeit in dieser Richtung auf den Schutz der Rechte heißt Rechtspflege. Hier ist die Rede von der Rechtspflege im Rechtsstreit, Civiljurisdiction. Die Aufgabe ist 1) Entscheidung des Rechtsstreits, 2) Execution dieser Entscheidung. So wie das zweite das erste voraussetzt, so das erste wieder andere Handlungen, theils des Gerichts, theils der Parteien. Der Inbegriff aller dieser vorbereitenden und entscheidenden Handlungen heißt das gerichtliche Verfahren, der Proceß; insonderheit das Verfahren im Rechtsstreit: Civilproceß.

Die hauptsächlichsten processualischen Handlungen (der Parteien und der Gerichte) haben eine Seite, von der sie in den Bereich der Darstellung der Rechte selbst fallen. Diese materielle Seite ist der Einfluß, den der Proceß überhaupt und in seinen einzelnen Bestandtheilen und Stadien auf das Bestehen der Rechte selbst äußert. Er ist 1) das Mittel der Geltendmachung der Rechte, und insofern ein Annexum derselben. Diese Eigenschaft tritt in den Handlungen hervor, die den Rechtsstreit vor Gericht bringen, Klagen und Einreden, 2) er modificirt die Rechte, welche dadurch, daß sie in iudicium deducirt werden, vermindert und aufgehoben werden können. Ihr Schicksal wird von dem Ausgange des Processes abhängig. Diesen Einfluß haben Litiscontestation, Beweis, Urtheil.

Von dieser materiellen Seite sind die Proceßhandlungen zu betrachten, welche in den folgenden §§. erörtert werden: Klagen, Einreden, Litiscontestation, Beweis, Urtheil gehören zum Gebiet des Civilprocesses und des Civilrechts, zu jenem von ihrer formellen, zu diesem von ihrer materiellen Seite.

Klagen und Einreden.

Begriff und Entstehung der Klagen.

§. 81.

Klage ist das Mittel ein Recht gegen einen andern vor Gericht selbstständig und unabhängig von der Proceßhandlung des Andern zu verfolgen und geltend zu machen. Sie ist ein Angriff; durch das Moment der Unabhängigkeit unterscheidet sie sich von

der Vertheidigung, die einen vorhergehenden Angriff voraussetzt. Jene allgemeine Bedeutung hat auch das Wort actio, aber auch eine engere: 1) Erhebung eines ordentlichen Verfahrens im Gegensatz zur persecutio (actio extraordinaria); 2) des gewöhnlichen ordentlichen Verfahrens im Gegensatz zu den Interdicten. 3) Klage aus Obligationen im Gegensatz zu andern Rechten.

In dem letzten aber auch in dem ganz allgemeinen Sinn kann verstanden werden die Legaldefinition: actio est ius persequendi in iudicio quod sibi debetur (was uns gebührt), dessenungeachtet erinnert der Ausdruck auch daran, daß das Proceßverhältniß zwischen den Parteien immer einen der Obligatio ähnlichen Charakter hat.

Jener Begriff der Klage hat 1) eine processualische (formelle) Bedeutung: Proceßhandlung, wodurch jenes geschieht, Antrag vor Gericht, der den Zweck hat, einen Rechtsstreit vor dasselbe und zu seiner Entscheidung zu bringen. Die Klage, welche schriftlich als Klaglibell oder mündlich zu Protocoll angebracht sein kann, hat zwei wesentliche Bestandtheile: Begründung und Petitum. Die Begründung muß sein: eine rechtliche (d. h. durch Rechtsvorschrift) und eine factische. Die ausdrückliche Bezeichnung der ersten ist regelmäßig nicht nöthig. Die zweite enthält die Angabe des Rechts, welches geltend gemacht wird, und regelmäßig in seiner Erwerbung. Jene rechtliche Begründung hat man daher f. a. remotum, diese factische proximum genannt. Das Petitum ist der Ausdruck des Zwecks der Klage. Es enthält eine Formulirung des Anspruchs des Klägers, in der Weise, wie ihn das Gericht in seiner Entscheidung anerkennen soll (Haupt- und Nebengesuch, nach dem Haupt- und Nebenzweck der Klage s. unten), die Bitte „zu erkennen daß", womit sich dann noch das s. g. Proceßpetitum verbinden kann, welches sich nicht auf die Entscheidung, sondern auf die unmittelbar auf die Klage folgende Thätigkeit des Gerichts bezieht, z. B. dem Beklagten die Klage mitzutheilen, und ihn zur Beantwortung derselben vorzuladen, was im Grunde nur insofern nöthig ist, als dieser Thätigkeit durch die Klage eine besondere Richtung gegeben werden kann, z. B. ein außerordentliches Verfahren von dem Kläger in Anspruch genommen wird.

2) Materielle Bedeutung: Möglichkeit einer solchen Handlung, Klagerecht. In diesem Sinn geht die Klage der wirklichen

Anstellung voraus. Klage im materiellen (civilrechtlichen) Sinn ist der Bestandtheil eines Rechts, der sich auf dessen selbstständige Geltendmachung vor Gericht bezieht und diese möglich macht. Es werden hiernach klagbare und klaglose Rechte unterschieden. Von Klage in diesem Sinn zu handeln ist nicht Aufgabe des Processes. Man hat gefragt: zu welcher Classe von Rechten gehören die Klagerechte, und die Antwort gegeben: zu den Obligationen, indem man das Verhältniß zwischen Kläger und Beklagten dem zwischen Gläubiger und Schuldner verglich. Diese Antwort ist schon deswegen ungenau, weil zwischen künftigen Klägern und Beklagten als solchen vor der Anstellung gar kein Verhältniß besteht, dasjenige aber, welches durch die Anstellung entsteht, ist das Proceßverhältniß. Die Antwort ist aber überall zu verwerfen, weil die Frage falsch ist. Klagen sind keine Rechte für sich, hinsichtlich deren man jene Frage aufwerfen könnte, sondern bloße Annexa von Rechten, Bestandtheile von Rechten, Berechtigungen, ebenso wie z. B. das Recht über eine Sache zu disponiren.

Drei Momente sind bei der Klage im materiellen Sinn zu unterscheiden:

a) Grund der Klage, causa petendi. Dies ist das Recht, aus dem sie entspringt, dessen Bestandtheil sie ist, das mit ihr geltend gemacht wird. Von dem Recht selbst ist dessen Entstehung zu unterscheiden (z. B. beim Eigenthum die Tradition). Das Letztere ist nur die causa causae actionis. Jenes kann man den unmittelbaren Klaggrund, causa proxima[1]), dieses den mittelbaren, causa remota, nennen (auch rechtlichen — factischen Klaggrund).

Man darf diese Begriffe aber nicht verwechseln mit jenen Momenten des Klaglibells (der Klage im processualischen Sinn), wo unter rechtlichem Klaggrund der Rechtssatz verstanden wird, soweit die Processualisten überhaupt in ihrem Sprachgebrauch einig sind, was gar nicht allgemein der Fall ist. Wo von der Klage im materiellen Sinn die Rede ist, hat man den Begriff bloß in dem angegebenen Sinn zu nehmen.

1) Dieses Wort kommt schon im römischen Recht dafür vor. L. 27. D. de exc. rei iud. (44, 2): Cum de hoc an eadem res est, quaeritur, haec spectanda sunt: personae, id ipsum, de quo agitur, causa proxima actionis. Nec iam interest, qua ratione quis eam causam actionis competere sibi existimasset, perinde ac si quis posteaquam contra eum iudicatum esset, nova instrumenta causae suae reperisset.

Causa proxima und remota lassen sich nur da vollständig scheiden und auseinanderhalten, wo das Recht auf mehrere Arten entstehen kann. Dies ist nicht der Fall bei den Obligationen. Jede Obligatio entsteht auf die ihr eigenthümliche Art, ohne deren Angabe sich die Obligatio nicht bezeichnen läßt.

Im allgemeinen Sinn ist eine Klage entstanden, so wie ihr Grund existirt, also mit dem Recht, aus dem sie entspringt. Nur freilich ist hier nicht immer schon die unmittelbare Möglichkeit sie anzustellen vorhanden.

b) Veranlassung der Klage. Diese ist eine Rechtsverletzung nicht gerade ein Delict, sondern überhaupt Störung oder Hinderung der Ausübung durch Thun oder Unterlassen. Zuweilen ist nicht einmal ein körperlicher Act erforderlich, sondern Bestreiten hinreichend. Durch die Verletzung bestimmt sich der Beklagte. (Man darf dies nicht Begründung der Klage — im materiellen Sinn — nennen; insofern man im processualischen Sinn alles unter Begründung versteht, was Prämisse des Petitums ist, gehört natürlich auch die Veranlassung dazu, aber dies darf nicht übertragen werden auf die materielle Betrachtung.)

Der Eintritt der Veranlassung macht die Anstellung der Klage unmittelbar möglich. Die Klage ist entstanden im engern Sinn, actio nata. Dies ist wichtig für die Verjährungsfrage (für andere Fragen kann die Klage schon als entstanden gelten, so wie der Grund existirt).

c) Gegenstand der Klage, das was mit ihr erreicht wird, ihr Zweck. Im allgemeinen also Schutz des Rechts, welches der Grund der Klage ist, Aufhebung der Veranlassung, Beseitigung der Verletzung, also thätige Anerkennung des Rechts. Der Gegenstand der Klage kann Haupt- oder Nebengegenstand sein. Nebengegenstand ist der Inbegriff der Accessionen, die entweder zu dem Gegenstand des Rechts oder zu dem Recht selbst, oder zu der Klage als solche sich verhalten, z. B. Früchte; nicht stipulirte Zinsen und Ersatz des Schadens, Proceßkosten. Diese Nebengegenstände haben regelmäßig und als Accessionen eine Wirkung, es ist aus ihnen keine besondere Klage gegeben; ist also die Hauptklage consumirt, so findet keine Forderung der Accessionen statt. Viele Practiker haben behauptet, der Richter habe auch ohne Gesuch darauf zu erkennen, wenn ihre Begründung aus den Acten erhelle. Diese Behauptung beruht auf einem Mißverständniß der

Stellen des römischen Rechts, welche davon handeln, daß bei bonae fidei iudicia solche Accessionen officio iudicis hinzuträten.

Es giebt Klagen, welche außer ihrem Grund und ihrer Veranlassung voraussetzen, daß nicht dem Kläger ein anderes Rechtsmittel zu Gebote stehe, „allgemein subsidiäre Klagen", so die in integrum restitutio, actio doli, actio quod metus causa, querela inofficiosi (testamenti und donationis), actio funeraria. So oft neben diesen Klagen ein anderes Rechtsmittel begründet ist, vorausgesetzt daß damit ebenso viel erreicht werden kann, als mit jenen, sind sie unzulässig. Am meisten besitzt diese Eigenschaft die actio doli, welche auch durch andere subsidiäre Klagen ausgeschlossen wird, z. B. durch die in integrum restitutio, nur mit der actio quod metus concurrirt sie electiv (s. Note c des Lehrbuchs [2]).

Arten der Klagen.

Nach ihrem historischen Verhältniß.

§. 82.

S. das Lehrbuch.

Nach dem Klagegrund.

§. 83.

Die wichtigste Eintheilung der Klagen ist die auf den Grund sich beziehende, in dingliche und persönliche.

Der Unterschied tritt in der Form hervor, welche die Klagen bei der Anstellung erhalten. Nach altem römischen Recht war dies die Formula, und zwar der Theil, welcher den Ausdruck des Rechts enthielt, die intentio. In dieser wurde entweder die Person des Beklagten genannt, intentio in personam, oder nicht, intentio in rem. Dies läßt sich auch auf das heutige Petitum anwenden. Auch hier können wir unterscheiden, ob das Petitum unmittelbar gegen eine bestimmte Person gerichtet ist, oder nicht, wenn auch vielleicht folgerungsweise.

Jene Verschiedenheit hat ihren Grund in den Rechten, aus denen die Klagen entstehen, und deren Ausdruck das Petitum ist.

---

2) L. 1. §. 4. sqq. L. 2—7. D. de dolo m. (4, 3.) L. 14. §. 2. 13. D. quod metus (4, 2).

Es giebt Rechte, denen eine Verbindlichkeit einer bestimmten Person gegenübersteht, und die sich daher ohne diese Person zu nennen, nicht vollständig ausdrücken lassen, indem diese Person mit zum Begriff des Rechts gehört: die Obligationen. Die aus diesen entstehenden Klagen werden daher in personam gefaßt. Alle andern Rechte lassen sich ohne Benennung des Gegners vollständig bezeichnen, das Recht existirt ohne ihn, dies sind die Rechte an Sachen, an Personen, Erbrecht ꝛc. — daher werden hier die Klagen in rem gefaßt.

Wegen dieses Grundes der Verschiedenheit ist diese nicht bloß eine Verschiedenheit der Klagen im processualischen Sinn, sondern schon der Klagerechte, der Klagen in der materiellen Bedeutung. Hier ist der Begriff der Eintheilung so zu geben: in personam actiones sind Klagen aus Obligationen, in rem actiones Klagen aus andern Rechten.

Aus dieser Verschiedenheit folgt eine andere (also abgeleitete) Verschiedenheit. In personam actiones haben ihren im Voraus bestimmten und bekannten Beklagten, den Schuldner. Er ist schon durch den Grund der Klage gegeben, nur der Schuldner kann das Recht verletzen. Nicht so bei in rem actiones. Hier wird der Beklagte erst durch die wirkliche Verletzung bestimmt (z. B. der Besitz der Sache); er ist vorher noch nicht zu benennen, es ist eine veränderliche Eigenschaft, die hier jemanden zum Beklagten macht.

In dieser letzten Beziehung haben einige Klagen aus Obligationen die Eigenschaft der dinglichen Klagen erhalten, daß sie nicht bloß gegen einen bestimmten Beklagten, der durch das obligatorische Ereigniß zunächst betroffen wird, angestellt werden können, sondern auch gegen andere Personen, die in ein Verhältniß zu der betreffenden Sache getreten sind, gegen jeden Eigenthümer oder Besitzer einer gewissen Sache[1]). Bei der actio quod metus causa wurde diese Eigenthümlichkeit in der Klagformel ausgedrückt, die auf die Existenz einer Gewalt gefaßt wurde, nicht dahin: daß der Beklagte sich derselben schuldig gemacht habe. Daher wird diese actio in rem scripta genannt. Bei den übrigen findet materiell diese Ausdehnung in gleichem oder geringerem Grad statt, aber ohne die Fassung zu bestimmen. Daher wird

---

1) Actio quod metus causa, Klagen auf Exhibition ꝛc., s. Note b. des Lehrbuchs.

für sie nicht jener Name gebraucht. Umgekehrt kann bei dinglichen Klagen der Beklagte fixirt werden, z. B. durch einen dolus von seiner Seite. Dadurch erhält die dingliche Klage in dieser Beziehung eine der actio in personam analoge Natur.

Ueber die mixtae actiones s. Note a des Lehrbuchs. Was die dort angeführte Institutionenstelle [2]) betrifft, wo die Theilungsklagen mixtae actiones genannt werden, so haben dies die Institutionenverfasser sicher nicht erfunden, sondern in einem alten Juristen gelesen. Hier hatte es folgenden Sinn: die Formel war eine doppelte: adiudicatio (in rem) und condictio wegen der praestationes personales (in personam). Für das justinianische Recht hat diese Bemerkung keinen Sinn mehr, sie könnte hier nur noch gelten, wenn materiell eine Mischung darin läge. Aber diese Klagen sind in der That persönliche, aus einer Obligatio, die nur auf Gemeinschaft eines andern Rechts sich gründet. Sie gehen auch nicht auf Anerkennung dieses Rechts. Nur eine derselben, die actio finium regundorum (s. §. 374), hat etwas eigenthümliches in dieser Hinsicht.

Ueber die Eintheilung der persönlichen Klagen in stricti iudicii und bonae fidei actiones, s. das Lehrbuch. Die nähere Auseinandersetzung gehört in die historischen Vorlesungen. Vergleiche aber auch noch §. 236, wo auf die materiellen Wirkungen zurückzukommen sein wird, so weit sie zum Verständniß der richtigen Anwendung des römischen Rechts nothwendig gekannt werden müssen. Ebenso wird die Eintheilung in directae und contrariae noch bei den Obligationen erörtert werden.

Nach dem Gegenstand.

§. 84.

Gegenstand der Klage ist im Allgemeinen Anerkennung des Rechts, das ihr Grund ist, durch den Richter. Darauf geht das Petitum, welches dem künftigen Urtheil, wie die Klage es verlangt, gleichlautet. Zur thätigen Anerkennung gehört die Beseitigung der Verletzung. Insofern diese letztere in einer Bestreitung besteht, liegt die erstere schon in der Entscheidung, daß dem Kläger

---

2) §. 20. I. de action. (4, 6): quaedam actiones mixtam causam obtinere videntur, tam in rem quam in personam: qualis est familiae erciscundae actio.

das Recht zustehe. In der Regel wird aber eine solche Feststellung des Rechts nicht hinreichen; der Beklagte wird etwas zu unterlassen oder zu thun haben, um die Verletzung zu heben. Das Gesuch des Klägers geht also darauf, daß der Richter ihn dazu schuldig erkenne (Condemnation), und auf diese bezieht sich die auf das Urtheil folgende Execution (deren es in Beziehung auf jenes erste Moment nicht bedarf).

In dieser Beziehung sind drei Classen von Klagen zu unterscheiden: Klagen auf bloße Condemnation, Klagen auf Condemnation und eine ihr vorausgehende besondere Anerkennung des Rechts, Klagen ohne Condemnation.

1) Die persönlichen Klagen gründen sich auf eine Obligatio, welche darin besteht, daß der Beklagte dem Kläger etwas schuldig ist. Der Ausspruch daß dem Kläger das Recht zustehe, erhält also die Fassung: „daß Beklagter dem Kläger das zu leistende schuldig sei". Hierin liegt aber zugleich die Condemnation, Beides fällt hier nothwendig der Natur der Sache nach zusammen. Dies sind die Klagen auf bloße Condemnation.

2) Die dinglichen Klagen gründen sich auf Rechte, deren Inhalt nicht eine bestimmte Verbindlichkeit einer andern Person einschließt. Der Ausspruch, daß dem Kläger das Recht zustehe, hat also nicht die Fassung einer Condemnation. Aber die Beseitigung der Verletzung wird außerdem eine Handlung des Beklagten fordern, es tritt daher noch eine Condemnation hinzu, z. B. daß Kläger Eigenthümer der Sache, „daher Beklagter diese herauszugeben schuldig", oder: — „daher Beklagter sich jeder weitern Störung ꝛc. bei Strafe zu enthalten, auch den verursachten Schaden zu ersetzen schuldig." Dies sind also Klagen auf Anerkennung des Rechts und Condemnation.

3) Einige Klagen haben gar keine Condemnation zur Folge, sondern sie gehen auf den einfachen Ausspruch, daß ein gewisses Rechtsverhältniß bestehe, praeiudiciales actiones. Der Grund kann in der Natur des Rechts liegen, aus dem sie entspringen, indem dabei von Wiederherstellung der Ausübung durch Thätigkeit des Beklagten nicht die Rede sein kann, wie bei den Klagen, mit welchen die Anerkennung eines gewissen Status verlangt wird. Möglicherweise kann es eine processualische Eigenheit sein, daß die etwaige Wiederherstellung gegen eine Verletzung zum Gegenstand eines besondern Processes gemacht wird, der auf jenen folgt,

und in Beziehung auf den jener das praeiudicium ist. (Nicht alle Klagen aber, die eine andere vorbereiten, sind praeiudiciales).

Eine besondere Anwendung findet noch statt bei den Theilungsklagen. Diese werden zurückgewiesen durch Bestreitung des Miteigenthums und Miterbrechts. Der Kläger muß also in diesem Fall zuerst auf Anerkennung dieses Rechts mit der rei vindicatio ꝛc. klagen, deren Zweck zunächst die Anerkennung des Rechts ist. Statt der Condemnation in Herausgabe tritt sodann das iudicium divisorium ein. In diesem Fall ist also die rei vindicatio oder die hereditatis petitio etc. eine actio praeiudicialis.

Die Klagen, welche das Vermögen berühren, können dies auf doppelte Weise, indem sie es entweder von Seiten der einen oder der andern Partei erhalten oder verändern.

1) Auf Seiten des Klägers. Der Gegenstand der Klagen soll sein Vermögen entweder nur in seinem gegenwärtigen Werth erhalten (rem persequuntur), oder der Gegenstand soll ihn bereichern, oder sie enthalten wenigstens diese Möglichkeit, wie die Klagen, welche auf eine Strafe gehen (poenam persequuntur). Alle Ansprüche, die sich rein auf ein Rechtsgeschäft gründen, haben den ersten Charakter, denn wenn auch das Rechtsgeschäft den Kläger bereichert hat, so ist dies doch nicht erst die Folge der Klage. Eine unerlaubte Handlung dagegen kann man naturgemäß nicht als eine Bereicherung des Verletzten auffassen. Hier hängt also die Bereicherung von dem Erfolg der Klage ab, wenn auf Schadenersatz geklagt ist; die Strafe dagegen ist jener Gegenstand, der ihn bereichert. (Möglicherweise wird dadurch der Beweis des Schadens erleichtert, da häufig die Privatstrafe nur die Intention einer möglichst vollen Entschädigung haben wird.) Beide Gegenstände können sich in denselben Klagen verbinden, mixtae actiones. Vergl. noch §. 230.

2) Auf Seiten des Beklagten. Entweder die Klage soll nur etwas aus seinem Vermögen entfernen, was nicht hineingehört, also eine Bereicherung verhindern. (Dies ist bei allen Klagen aus Rechtsgeschäften der Fall, und auch aus andern Gründen, sofern sie sich auf das, was an ihn aus einem fremden Vermögen gekommen ist, beschränken.) Oder sie machen ihn ärmer, oder enthalten wenigstens diese Möglichkeit, da sie nicht jene Schranke haben. Dies ist nicht bloß bei jenen Pönalklagen, sondern auch bei den Ersatzklagen der Fall. Daher wird auch der Gegenstand

der letztern nicht selten vom Standpunkt des Beklagten aus als poena bezeichnet. (Es giebt also poenae von beiden Seiten, und poenae bloß von Seiten des Beklagten. Savigny nennt sie zweiseitige, einseitige Strafklagen)[1]).

Nach dem Verfahren.

§. 85.

In Beziehung auf das heutige Recht haben diese Eintheilungen eine verschiedene Bedeutung.

1) Einige sind rein historisch, ohne unmittelbare praktische Bedeutung, so die Eintheilungen in actiones ordinariae und extraordinariae, in ius und in factum conceptae, actiones, quae sua vi ac potestate constant und fictitiae.

2) Eine an sich rein historische Bedeutung hat der Unterschied von actiones und interdicta. Aber eine praktische Beziehung ist ihm durch die Regel gegeben, daß die Interdicta im summarischen Proceß zu verhandeln sind.

3) Eine noch vollkommen praktische Bedeutung hat die Eigenthümlichkeit der iudicia duplicia, der Theilungsklagen und interdicta retinendae possessionis. Sie zeichnen sich aus durch die Gleichheit der Parteirollen theils in Beziehung auf die Beweislast, theils in Beziehung auf die Condemnation, indem auch der Kläger condemnirt werden kann.

Interdictum heißt der Befehl des Prätors, und die Klage selbst (weil das Interdict in jenem Sinn zugleich die Formel für diese ist). Die Interdicte sind restitutoria, exhibitoria, prohibitoria. Der Kläger gründet formell seine Klage nicht auf ein unabhängiges Recht, sondern auf den Befehl des Prätors und dessen Uebertretung von Seiten des Beklagten. Daraus erklärt sich die materielle Eigenthümlichkeit.

Aber der materielle Grund der Interdicte tritt doch auch in ihrer Behandlung hervor. Es wird unterschieden zwischen proprietatis causa (ein von dem Interdict unabhängiges Recht), und possessionis causa (Ausübung eines Rechts, Besitz). Zu den ersten gehören namentlich die interdicta adipiscendae possessionis.

---

1) System, Bd. V. §. 210.

Neben beiden stehen auch actiones, welche bei den ersten aus demselben Recht hervorgehen, das auch durch die Interdicte geschützt wird, z. B. interdictum salvianum und actio serviana — interdictum quorum bonorum und hereditatis petitio. Sowohl in der einen als in der andern Proceßform wird über das Recht gestritten und entschieden. Daher steht dem mit dem Interdict Abgewiesenen die exceptio rei iudicatae entgegen, wenn er mit der actio klagt.

Bei den zweiten entsteht die actio (petitorisches Rechtsmittel) aus einem ganz andern Recht, als das Interdict (possessorisches Rechtsmittel), z. B. Eigenthum — Besitz. Der Gegenstand des Streits und der richterlichen Entscheidung ist also ein ganz verschiedener. Daher findet hier die exceptio rei iudicatae keinen Platz [1]).

In der Praxis hätte man die Interdicte der ersten Art ganz fallen lassen sollen. Schon Justinian hätte es thun sollen, wenn er die nöthige Einsicht besessen hätte. Aber unsere Praktiker sind sehr oft unpraktisch. Man hat die bedeutungslose Unterscheidung festgehalten, aber ihr eine neue sehr unrichtige Bedeutung gegeben. Man hat gesagt, es sei ein Streit über dasselbe Recht, aber das einemal provisorisch und der Wahrscheinlichkeit nach zu entscheiden, das andere Mal definitiv. Dies hat man durch die in der Note angeführte Stelle begründet. Diese ganze Ansicht von der Sache ist durchaus verwerflich. Unter Umständen kann eine provisorische Entscheidung Bedürfniß sein, aber dafür ist dann auf andere Weise gesorgt (so z. B. beim Erbrecht).

Aufhebung der Klagen.

Concurrenz.

§. 87.

Concurrenz der Klagen, concursus actionum, das Zusammentreffen mehrerer Klagen kann die Veranlassung der Aufhebung einer dieser Klagen werden. Nicht damit zu verwechseln ist der Grundsatz von der Subsidiarität, §. 81. Hier wird die Ent-

1) L. 14. §. 3. D. de exc. rei iud. (44, 2): Si quis interdicto egerit de possessione, postea in rem agens non repellitur per exceptionem, quoniam in interdicto possessio, in actione proprietas vertitur.

stehung der subsidiären Klage verhindert, also es tritt keine Concurrenz ein (mit den oben angegebenen Ausnahmen, der actio doli und quod metus). Die wichtige Folge davon ist, daß, wenn auch die andere Klage verloren worden ist, doch die actio doli nicht begründet ist, eben weil ihre Entstehung durch die Existenz jener Klage verhindert wird.

Aber niemals ist die Concurrenz selbst eine Aufhebung, sondern erst entweder die Anstellung, oder sogar erst die Befriedigung.

1) In gewissen Fällen steht dem Kläger die Wahl zwischen mehreren Ansprüchen zu, die nicht neben einander verfolgt werden können, entweder weil sie an sich unverträglich, oder durch Rechtsvorschrift dafür erklärt sind, z. B. Ausübung der lex commissoria und der Forderung aus dem Kauf, actio redhibitoria und quanti minoris, actio in factum de receptis und Klagen gegen den Thäter rc.[1]). Hier schließt der Berechtigte durch die Anstellung der einen Klage die andern aus (welches auch der Erfolg sein möge).

2) Wenn mehrere Klagen denselben Gegenstand und Zweck haben, so können beide insofern neben einander bestehen, als nicht schon die Concurrenz sie aufhebt, auch die Anstellung nicht, wohl aber die Erreichung des Zwecks. So weit dieser Zweck identisch ist, muß die zweite Klage wegfallen, wenn er mit der erstern erreicht ist. Dies ist der eigentliche Fall der Aufhebung wegen Concurrenz.

Das Princip ist: man kann nicht mehrmals dasselbe einklagen; was durch eine Klage erlangt worden ist, kann nicht noch einmal durch eine andere gefordert werden. Die Voraussetzung ist also die, daß mehrere Klagen denselben Gegenstand haben, z. B. condictio furtiva und rei vindicatio, actio communi dividundo und actio pro socio, soweit jene auf praestationes personales geht. Dies findet jedoch keine Anwendung auf mehrere Strafen. Daher können, wenn eine Handlung unter den Begriff mehrerer Delicte fällt, die verschiedenen Pönalklagen neben einander angestellt werden, z. B. wegen Peitschen eines fremden Sclaven die actio iniuriarum und die actio legis aquiliae. Doch war über

---

1) L. 7. D. de lege comm. (18, 3.) §. 16. J. de obl. ex del. (4, 1.) L. 3. §. 5. D. nautae caup. (4, 9.) L. 5. §. 1. D. de calumn. (3, 6.)

diesen Punkt eine Controverse unter den römischen Juristen, wenigstens hinsichtlich der Anwendung auf gewisse Fälle [2]).

Die Identität des Gegenstandes schließt die folgende Klage nur aus, soweit derselbe mit der ersten erreicht worden ist. Daher kann, wenn die zweite vortheilhafter ist, mit ihr das Mehr nachgefordert werden.

Eine solche Concurrenz kann unter denselben Personen, also gegen denselben Beklagten stattfinden, und davon war bisher allein die Rede (objectiver Concurs). Aber sie kann auch dadurch entstehen, daß mehrere Verpflichtete da sind, eine solidarische Verpflichtung vorhanden ist (subjectiver Concurs), z. B. mehrere Delictsurheber hinsichtlich des Schadenersatzes. Auch hier gilt jenes Princip. Nicht dagegen gehört hierher die Correalobligatio, aus welcher nicht mehrere Klagen, sondern nur Eine entsteht.

Alle Fälle des Concurses, wo er Veranlassung zur Aufhebung wird, nennt man electiven Concurs — eigentlich unpassend, da nicht schon die Wahl die Klage aufhebt.

Diesem steht entgegen der s. g. cumulative Concurs, d. h. die Concurrenz von Klagen in irgend anderer Rücksicht, wodurch keine Aufhebung herbeigeführt wird.

So enthält das Zusammentreffen mehrerer Klagen in ihrer Entstehung keine Aufhebung, wenn nicht damit eine Identität des Gegenstandes sich verbindet, z. B. Injurie gegen eine verheirathete Frau, Diebstahl (condictio furtiva, actio furti) Strafklagen gegen mehrere Miturheber, Verpflichtung Mehrerer pro parte durch ein Rechtsgeschäft, Beschädigung oder Besitznahme einer Mehreren gehörigen Sache. Eben so wenig gehört hierher das Zusammentreffen mehrerer Klagen in derselben Person, Kläger oder Beklagten, wo nicht der Gegenstand derselbe ist.

Man hat noch von einem successiven Concurs gesprochen in den Fällen, wo gewisse Klagen in dem Verhältniß der Vorbereitung zur andern stehen, z. B. die actio ad exhibendum zur rei vindicatio, die rei vindicatio zur actio communi dividundo, Klage

---

2) Vgl. L. 1. §. 21. 22. D. de tut. act. (27,3.) L. 60. D. O. et A. (44,7.) L. 9. C. de accus. (9,2.) L. 11. §. 2. D. ad L. Aquil. (9,2.) L. 55. §. 1. D. de adm. n. tut. (26,7.) L. 1. §. 9. L. 18. §. 2. D. de iniur. (47,10.) L. 3. §. 1. D. de duob. reis (45,2).

gegen den Hauptschuldner zu der gegen den Bürgen ꝛc. Dies hat gar keine Beziehung auf die Aufhebung, gehört also gar nicht hierher.

Tod.

§. 88.

Klagen gehen regelmäßig activ und passiv auf die Erben über, denn sie sind active und passive Bestandtheile des Vermögens.

Der active Uebergang setzt natürlich die Vererblichkeit des Rechts voraus, aus dem die Klage entspringt. Er bezieht sich daher nicht auf Klagen aus Rechten, die nicht Vermögensrechte sind, z. B. Klagen aus der väterlichen Gewalt. Hier geht die Klage mit dem Recht selbst unter. Dieser Grund steht auch dem Uebergang der Popularklage entgegen, also den Klagen, welche jedem Bürger zustehen, der darin als Vertreter der Gesammtheit das Recht und Interesse des Gemeinwesens geltend macht. Der Erbe hat sich selbstständig aus seiner Eigenschaft als Bürger, wenn er ein solcher ist, nicht als Erbe. Diese Repräsentation ist nichts vererbliches. Anders gestaltet sich das Verhältniß, wenn die Popularklage schon angestellt und zur Litiscontestation gebracht ist. Hier hat der Umstand Einfluß, daß der Kläger den eingeklagten Gegenstand behalten soll. Durch die Litiscontestation ist die Forderung sein Privat- und Vermögensrecht geworden, und damit vererblich.

Außerdem giebt es noch eine Reihe von Klagen, die obwohl aus Privatrechten, und zwar aus Obligationen, als aus Rechten, die an sich Vermögensrechte sind, entspringend, doch nicht als Vermögensobjecte betrachtet werden, weil diese Betrachtung ihrem materiellen Charakter widersprechen, ja eine Unsittlichkeit sein würde. Hierher gehören die Klagen, mit denen eine Kränkung des Gemüths geahndet wird (actiones vindictam spirantes). Die einzelnen Fälle sind die iniur. actio, in factum actio des gegen die Vorschrift in ius vocirten Parens und Patronus, querela officiosi, actio sepulcri violati, in factum actio wegen verhinderter Beerdigung, in factum actio gegen denjenigen, welcher wegen calumnia Geld empfangen hat, die Klage auf die Nachtheile der Ehescheidung gegen den schuldigen Theil, die Revocation des

Schenkens wegen Undankes des Beschenkten[1]). Der Typus derselben ist die Injurienklage: diese geht auf eine Geldstrafe, aber es wäre schimpflich, anstatt sie als bloßes Mittel zu betrachten, den Gewinn dabei im Auge zu haben. So sollen auch die andern in dieser Hinsicht ihr gleichgestellten betrachtet werden. Aus einem doppelten Grund werden sie nicht dem Erben gegeben, 1) weil dies eben hieße, sie als Vermögensvermehrung behandeln, 2) weil der Erbe nicht als Repräsentant der Gefühle des Erblassers gelten kann. Aber auch dies gilt nur von der nichtangestellten Klage. Die Litiscontestation löscht auch hier die Eigenschaft aus, welche sie der Vererbung entzieht.

Diese Ausnahmen von dem activen Uebergang sind also in der Natur der Sache gegründet, sie sind keine Ausnahmen zu nennen, die Regel selbst erstreckt sich nicht darauf.

Auch die Ausnahmen von dem passiven Uebergang sind zum Theil von dieser Art. Die Regel gründet sich darauf, daß die Klagen auf Seiten des Beklagten eine Vermögensminderung sind, ein Minus des Vermögens, in welches der Erbe so gut eintritt als in das Plus. Dieser Grundsatz aber setzt voraus, daß der Erblasser aus einem stehenden Grund der Klage verhaftet ist, sie kann keine Anwendung finden, wenn dies bloß aus einem veränderlichen Grund der Fall war, wie bei dem Eigenthümer einer gewissen Sache, oder Besitzer (z. B. Noxalklage, actio ad exhibendum). Bei dinglichen Klagen ist dies der gewöhnliche Fall, obwohl nicht immer. Da der Erblasser selbst nur so lange Beklagter war, als er in jenem Zustand sich befand, so kann natürlich auch sein Erbe nur unter dieser Voraussetzung Beklagter sein.

Eine naturgemäße Ausnahme von dem Grundsatz machen die Strafen. Die Strafe würde ihren Charakter ganz verlieren, wenn sie über einen Andern, als den Begeher der unerlaubten Handlung verhängt würde. Ob sie den Leib oder, wie die Privatstrafen, das Vermögen treffen, ist gleich. Daher der Grundsatz: heres in poenam non succedit. Durch die Litiscontestation mit dem Thäter wird das Verhältniß ein anderes; in die Obligatio, welche dadurch entstanden und wodurch die Verpflichtung, das Urtheil zu erfüllen, übernommen ist, succedirt der Erbe.

---

1) Vergl. Note c. des Lehrbuchs.

Aber das römische Recht ist einen bedeutenden Schritt weiter gegangen. Es hat überhaupt Delictsklagen (auf Strafe, Schadensersatz, beides) von dem passiven Uebergang ausgenommen, wenn sie nicht schon gegen den Erblasser angestellt worden sind. Es hat also jedes Delict als solches als etwas Individuelles behandelt, dessen Folgen das Individuum treffen sollen (ein Grundsatz, den auch das alte deutsche Recht hatte).

Dieser Grundsatz hat nun Modificationen erlitten, welche immer umfassender geworden sind. Man konnte sagen, auch der Schadensersatz sei für den Beklagten eine Strafe (s. oben), da er nicht von einer Bereicherung abhängt. Daran knüpft sich folgende Modification: der Erbe soll sich nicht bereichern durch das Delict; so weit durch das Delict seines Erblassers mit der Erbschaft etwas an ihn gekommen ist, haftet er der Delictsklage, nicht bloß der Klage auf Schadensersatz, sondern selbst der Pönalklage.

Schon das römische Recht ist einen Schritt weiter gegangen, und hat die Haftung des Erben durch die Interpretation des pervenire ad heredem erweitert, worunter nicht bloß die gegenwärtige Bereicherung, sondern alles verstanden wird, was einmal an den Erben mit der Erbschaft gekommen ist[2]).

Das canonische Recht endlich hat vorgeschrieben: daß auf Schadensersatz die Erben belangt werden können, so weit die Erbschaft reicht. Dies ist auch in den weltlichen Gerichten angenommen worden[3]).

Alle Popularklagen werden wie die Pönalklagen behandelt, ihr Gegenstand hat für den Kläger, da dieser nicht aus seinem eigenen Privatinteresse klagt, immer den Charakter eines Gewinns. — Die Klage gegen einen dolo desinens possidere wird nach Analogie einer Delictsklage auf Schadensersatz beurtheilt.

Auf andere Geschäftsklagen vel quasi hat der Tod des Beklagten keinen Einfluß, auch wenn sie durch eine unerlaubte Handlung, durch Dolus, veranlaßt sind. Dahin gehört die condictio furtiva, die man fälschlich für eine Delictsklage gehalten hat, welche eine Ausnahme von der Regel mache, da sie in solidum auf den Erben gehe. (Darauf gründet sich die z. B. von Müh-

---

2) Vergl. Note g. des Lehrbuchs.

3) c. 14. X. de sepult. (3, 6.) c. 5. X. de raptor. (5, 17.) c. 9. X. de usur. (5, 19.) c. 28. X. de sent. excomm. (5, 39.)

lenbruch[4]) aufgestellte Regel, daß Delictsklagen auf bloßen Schadensersatz, neben denen eine reine Pönalklage hergehe, unbeschränkt gegen die Erben gerichtet werden könnten.)

Jenes muß auch von der actio rerum amotarum gelten, soweit sie eine condictio ist[5]).

Ebenso sind Contractsklagen der Aufhebung durch den Tod nicht unterworfen, z. B. actio doli bei Tod des Erblassers, jedoch nicht in Beziehung auf die Strafe, denn auch hier gilt der Grundsatz: heres in poenam non succedit.

Eine Institutionenstelle[6]) scheint sie den Delictsklagen auf Schadenersatz gleichzustellen. Dies wäre im Widerspruch mit den mehrfachsten Entscheidungen der übrigen Theile der justinianischen Legislation. Die Aeußerung ist abgeschrieben aus Gaius, der die Klage gegen den Sponsor und Fidepromissor anführt. Dieses Beispiel konnten die Institutionenverfasser nicht brauchen. Sie dachten dagegen, wie Theophilus zeigt, an die actio depositi, auf das Duplum. Dies ist jedoch, wie oben angedeutet ist, ein Irrthum, und als einen solchen haben wir die Stelle für nicht geschrieben zu halten. Dagegen hätten die Pandekten den Institutionen allerdings ein Beispiel dargeboten[7]).

Verjährung.

§. 89.

Die bei weitem wichtigste Aufhebung der Klagen ist die Verjährung. Sie war dem ältesten römischen Recht ganz fremd. Durch den Ablauf einer gewissen Zeit kann das Recht untergehen und damit auch die Klage (z. B. durch Usucapion der Sache), aber es ist nicht der Klage für sich ein solcher Termin gesetzt.

Zuerst kommt die Verjährung vor im magistratischen Recht. Bei neuen Klagen, welche die Prätoren einführten, hielten sie es

---

4) Lehrbuch §. 611.

5) Ueber L. 3. C. rer. amot. (5, 21) s. Note g. des Lehrbuchs.

6) §. 1. J. de perp. et temp. act. (4,12): — aliquando tamen etiam ex contractu actio contra heredem non competit, (veluti) cum testator dolose versatus sit (ex deposito), et ad heredem eius nihil ex dolo pervenerit. Vgl. Gaius IV. 113: aliquando tamen (etiam) ex contractu actio neque heredi neque in heredem competit. Nam adstipulatoris heres non habet actionem, et sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur.

7) L. 1. §. 21. 23. D. de tut. act. (27, 3.)

für gerecht, unter Umständen eine Beschränkung eintreten zu lassen, so daß der Beklagte nach Ablauf einer gewissen Zeit sicher sein sollte. Gewöhnlich war die Frist 1 Jahr. Dies schien billig 1) bei den Klagen, welche dem Kläger einen Gewinn verschaffen (den prätorischen Pönalklagen), 2) bei denen, welche wenigstens den Beklagten ärmer machen, den Klagen auf unbedingten Schadensersatz. Ausgenommen wurden von dieser einjährigen Verjährung die Klagen, welche weder den Kläger bereichern, noch den Beklagten ärmer machen, sondern ihm nur entziehen, was an ihn gekommen ist [1]).

Auch auf die Klagen der Aedilen, welche sich von den Grundsätzen des ius civile entfernen, wurde derselbe Grundsatz ausgedehnt, und zum Theil wurden diese einer noch kürzern Verjährung unterworfen.

Allmählich erstreckte man das Institut in das Gebiet des Civilrechts hinein, indem man zunächst solche Fälle herbeizog, die auf singulärem Recht beruhen, wie die Klage des Fiscus wegen Anfalls von Gütern und die querela inofficiosi.

Ungeachtet dieser Ausdehnung blieb das Institut die ganze classische Zeit der Jurisprudenz hindurch von beziehungsweise geringem Umfang. Die meisten Klagen unterlagen der angegebenen Beschränkung nicht, sie hießen actiones perpetuae, die actiones temporales bildeten die Ausnahme.

Eine ganz andere Wendung nahm die Sache durch ein Gesetz Theodosius II. vom Jahre 424. Alle Klagen, welche bis dahin perpetuae waren, sollten einer Verjährung von 30 Jahren unterliegen. Versuche der Praxis, dies Gesetz zu umgehen und zu beschränken, veranlaßten mehrere Gesetze von Anastasius und Justinian, welche seine strenge Beobachtung einschärften, doch die Verjährungszeit bei einigen Klagen auf 40 Jahre erweiterten. — Der alte Sprachgebrauch von actiones perpetuae — temporales wurde beibehalten.

Ausgenommen von der Verjährung waren im römischen Recht die vindicatio in libertatem, die Vindication eines Colonen durch den Patron und eines Curialen durch die Stadt, sowie die Klage

---

1) L. 35. pr. D. de O. et A. (44, 7): In honorariis actionibus sic esse definiendum, ut quae rei persecutionem habeant, hae etiam post annum darentur, ceterae intra annum. —

auf Steuerrückstände[2]) durch singuläre Vorschrift. Im heutigen Recht dagegen giebt es nur Eine Ausnahme von der Verjährbarkeit aller Klagen, und diese ist nur eine unvollkommene. Mit jeder Gemeinschaft ist das Recht der Aufhebung (Theilung) verbunden. Die Verjährung der Theilungsklage kann nicht die Wirkung eines Zwangs zur ewigen Fortsetzung der Gemeinschaft haben, diese ist also insofern unverjährbar, als im Fall des Untergangs die Klage gleich wieder von neuem entstehen würde. Dessenungeachtet sind die Klagen nicht schlechthin der Verjährung entzogen, insofern sie ~~nicht~~ verjähren, soweit sie auf praestationes personales oder auf Anfechtung einer Privattheilung gerichtet sind[3]).

Der Zweck der neuen Gesetze über die Klagverjährung war folgender: Je weiter die Entstehung des Anspruchs zurückliegt, desto schwieriger ist die Erkenntniß der Wahrheit. Wäre dies bloß für den Kläger nachtheilig, so bedürfte es einer allgemeinen Verjährung nicht. Aber die Verzögerung wird sehr häufig den Erfolg haben, den Beklagten durch Erschwerung seiner Vertheidigung zu gefährden. Die Beweise für seine Einwendungen (z. B. den einfachsten Fall, den Beweis der Zahlung) können ihm untergehen. Daher ist es billig, ihm ein Surrogat in der Einrede der Verjährung an die Hand zu geben. Allerdings braucht der Kläger nicht dolose die Klage aufgeschoben zu haben, aber es ist immer billig, daß er unter seiner Versäumung leide, nicht der Beklagte. Durch die Länge der Zeit wird jedem möglichen Anspruch auf billige Rücksicht für den Kläger genügt. Unter Umständen kann aber auch schon eine kurze Zeit durch ein solches Bedürfniß gerechtfertigt erscheinen.

Bedingungen der Klagverjährung.

§. 90.

Bedingungen der Klagverjährung sind, daß die Klage entstanden sei (Frage nach dem Anfang der Verjährung), daß sie versäumt worden sei (Fortsetzung der Verjährung), daß sie die gesetzte Zeit versäumt sei (Schluß der Verjährung).

---

2) Vergl. Note f. g. des Lehrbuchs.
3) L. 1. §. 1. C. de annali exc. (7, 40.)

Actioni nondum natae non currit praescriptio. Entstehung ist hier nicht in dem allgemeinen Sinn genommen, sondern in dem besondern der Veranlassung. Dies folgt aus dem Begriff der Verjährung: eine Klage, die man nicht anzustellen unmittelbar veranlaßt war, hat man nicht versäumt anzustellen. Die actio ist nata, wenn die Verletzung von Seiten des Beklagten eingetreten ist, welche die Anstellung der Klage gegen ihn möglich macht. Die Anwendung ist in einigen Fällen streitig, oder irrig gemacht worden.

Bei dinglichen Klagen ist das Erforderniß der actio nata am klarsten. Denn vor der Verletzung ist noch gar kein Beklagter gegeben, also kann von einer Verjährung nicht die Rede sein. Niemand hat noch daran gedacht, meine Eigenthumsklage verjähren zu lassen, während ich meine Sache noch im Besitz habe. Aber ganz dasselbe ist der Fall, wenn ich sie durch einen Andern besitze, einen natürlichen Besitzer, der meo nomine besitzt. Es ist Niemand vorhanden, gegen den ich die Klage anstellen, also versäumen könnte. Manche haben gedacht, eine Anstellung der Klage wäre möglich gegen diesen natürlichen Besitzer, z. B. den Pächter selbst. Aber so lange er im Namen des Eigenthümers besitzt, besitzt dieser durch ihn, kann also nicht klagen. Erst von der Zeit an, wo dieses Verhältniß sich ändert, entweder durch Aufgeben des Besitzes von Seiten des Eigenthümers, oder durch Thätigkeit des natürlichen Besitzers, ist die actio nata.

Bei persönlichen Klagen ist der Beklagte allerdings schon vor der Verletzung vorhanden. Dies hat Manche verleitet, die Verjährung schon mit der Existenz der Forderung anfangen zu lassen. Aber auch hier muß der Grundsatz der actio nata gelten. So lange Jemand Gläubiger ist ohne Verletzung der Forderung, ist die Klage nicht möglich und nicht versäumt. Nicht jeder Schuldner verletzt das Recht des Gläubigers schon dadurch, daß er es ist. Folgende Fälle sind hervorzuheben:

1) Ein Zahlungstermin schiebt die Klage und folglich auch den Anfang ihrer Verjährung auf. Erst mit dem Eintritt des Termins ist die actio nata, aber auch schon durch den Eintritt und Verstreichung desselben, und eine mora, Interpellation des Schuldners ist nicht nöthig.

2) Dieselbe Natur hat eine Schuld auf Kündigung. Durch die letztere wird ein Zahlungstermin gesetzt, mit dessen Verstrei-

chung die Verjährung beginnt, sei es unmittelbar nach der Kündigung oder mit einer dem Schuldner stipulirten Frist. Unrichtig ist die Meinung, daß die Verjährung schon mit dem Geben des Darlehns beginne. Sie beruht auf dem falschen Grundsatz, daß, sobald es nur von dem Gläubiger abhänge, die Unterlassung der Schuld zu einer rechtswidrigen zu machen, die Klage auch als nata zu betrachten sei. Dies ist eine reine Erfindung. Es kann vielmehr nur auf die Frage ankommen: ob die Klage veranlaßt, nicht wie die Veranlassung herbeigeführt ist. Sonst müßte auch bei dem bestimmten Zahlungstermin, welchen der Gläubiger setzt, dasselbe gelten, denn auch dieser hängt vom Gläubiger ab.

3) Ist keine bestimmte oder unbestimmte Zahlungszeit verabredet, so kann der Gläubiger sofort fordern, cedit et venit dies, daher beginnt auch sofort die Verjährung und ist keine mora erforderlich. Das Entgegenstehen einer dilatorischen Einrede hindert den Anfang nicht, z. B. der exceptio excussionis oder exceptio non impleti contractus, ausgenommen natürlich, wenn sie auf einem vertragsmäßigen oder gesetzlichen Zahlungstermin beruht.

4) Eine Modification tritt ein bei einer verzinslichen Forderung, insofern dabei auf eine Dauer der Forderung von beiden Seiten gerechnet ist. Abgesehen von diesem Fall kann die Verjährung beginnen, aber sie wird immer durch wirkliche Zinszahlung unterbrochen [1]).

5) Ueberhaupt wird der Anfang der Verjährung gehindert, wenn das obligatorische Verhältniß nach übereinstimmender Absicht der Parteien eine gewisse Dauer haben soll, sei es auch, daß der Gläubiger willkürlich diese Dauer aufheben kann, z. B. beim Depositum. Die Verjährung beginnt erst, wenn der Deponent die Rückgabe verlangt, und der Depositar sie unterlassen, oder eine Handlung vorgenommen hat, welche eine Verletzung seiner Verbindlichkeit ex deposito ist.

Was den Beweis anlangt, so liegt dem Schuldner allerdings nur der Beweis des Zeitpunkts ob, wo die Forderung begründet worden ist. Der Fall ad 3. ist der zu vermuthende, weil alle andern auf besonderer, ausdrücklicher oder stillschweigender

---

1) L. 7. §. 5. L. 8. §. 4. C. de pr. XXX. ann. L. 5. C. de duob. reis. (8, 40.)

Festsetzung beruhen. Behauptet der Gläubiger einen spätern Anfang der Verjährung wegen eines solchen besondern Grunds, so muß er dieses Verhältniß, von welchem dieser spätere Anfang abhängt, beweisen.

Noch ein besonderer Fall ist zu bemerken, der Anwendung auf terminweise Leistungen[2]). Zwei Fälle sind zu unterscheiden:

1) Diese Leistungen sind entweder Accessionen einer andern Forderung, z. B. verzinsliches Darlehn, hier verjähren sie mit der Hauptklage, oder

2) sie sind die Hauptforderung selbst. Das Rentenvermächtniß besteht aus so viel Vermächtnissen, als Termine gesetzt sind. Daher existirt für jedes eine selbstständige Forderung, jede Klage verjährt für sich, ohne Einfluß auf die folgenden. Dasselbe gilt aber auch von einem Versprechen. Obwohl Ein Versprechen und Eine Obligatio nur in mehrere Theile zerlegt ist, soll es doch wie mehrere in jener Rücksicht behandelt werden.

Die zweite Bedingung betrifft die Fortsetzung der Verjährung. Die letztere darf die ganze Zeit nicht unterbrochen gewesen sein, oder positiv ausgedrückt: der Kläger muß immer in dem Verhältniß gestanden haben, daß ihm Versäumniß zugeschrieben werden kann (Versäumniß überhaupt, nicht gerade verschuldetes). Eine Unterbrechung tritt ein, so wie die Veranlassung wegfällt, also bei Klagen gegen den Besitzer durch Veränderung des Besitzes (ein Satz, der bei Succession, accessio temporalis etc. eine Modification erleidet). Bei persönlichen Klagen wird die Versäumniß dadurch unterbrochen, daß der Schuldner die Forderung anerkennt, z. B. durch Zinszahlung, durch Annahme eines Zahlungstermins, Ausstellung eines neuen Schuldscheins ꝛc. Die bloße Mahnung des Schuldners ist dagegen keine Unterbrechung (vielmehr ein Beweis der Festsetzung der Verletzung). Ferner ist eine Unterbrechung die Anstellung der Klage, unter der Voraussetzung, daß sie dem Beklagten zur Beantwortung mitgetheilt ist. Die hier einschlagende Streitfrage, wie es zu halten sei, wenn die Verjährung zwischen Anstellung der Klage und Ladung des Beklagten abläuft, ist dahin zu entscheiden, daß die Anstellung der unterbrechende Act ist, ihre Wirksamkeit aber durch die

---

2) Vgl. L. 7. §. 6. C. de pr. XXX anh. (7, 39.) L. 26. pr. C. de usur. (4, 32.)

nachfolgende Ladung bekräftigt sein muß. Bei Abweisung der Klage a limine iudicii hat keine Unterbrechung stattgefunden, ebenso wenig als bei einer Zurückweisung vor der Ladung. Die Unterbrechung tritt jedoch ein auch ohne wirkliche Ladung, wenn diese wegen Abwesenheit des Beklagten nicht erfolgen kann. Diese Unterbrechung ist noch auf mehrfache Weise begünstigt und erleichtert:

1) Anstellung der persönlichen Klage unterbricht auch die Verjährung der hypothekarischen und umgekehrt, 2) wenn der Kläger mehrere Klagen gegen dieselbe Person hat, und die Klage ist so allgemein gehalten, daß nicht eine Beschränkung auf eine einzelne bestimmte erhellt, so gilt sie als Unterbrechung für alle; 3) wenn das Gericht nicht angegangen werden kann, so soll im Nothfall die Interpellation bei einer andern Behörde zu Protocoll gegeben oder am Wohnort des Beklagten vor 3 Zeugen schriftlich gemacht werden können. Endlich soll 4) noch eine Unterbrechung herbeiführen die schriftliche Anbringung der Klage bei einem Schiedsrichter.

Das ältere Recht kannte keine Unterbrechung durch Klaganstellung, sondern ihre Stelle vertrat die litis contestatio, welche die Klage perpetuirte. Dies ist ohne Bedeutung, wenn das Urtheil erfolgt, von Wichtigkeit aber, wenn der Proceß liegen bleibt.

Einige meinen, die Vorschrift des justinianischen Rechts beziehe sich nur auf dreißigjährige Verjährung, während es in Beziehung auf die actiones temporales bei dem alten Recht geblieben sei[3]). Dagegen spricht: 1) daß die leichtere Unterbrechung doch vielmehr eher bei der kürzeren Verjährungszeit Bedürfniß wäre, 2) daß überhaupt diese Unterscheidung eine Ungeschicklichkeit wäre, da sie das Recht ohne alle Noth verwickelte, 3) daß nun eben das Gesetz von jener Beschränkung kein Wort enthält. In einigen Pandektenstellen finden sich noch Anklänge des alten Rechts, wie so oft. Diese sind hier um so weniger von Relevanz als in der That die Litiscontestatio noch von Bedeutung ist (s. nachher).

Die Unterbrechung bewirkt, daß der bisherige Zeitverlauf ohne Wirkung ist; die Verjährung muß ganz von vorn beginnen,

---

3) So z. B. auch v. Vangerow, Leitfaden für Pandektenvorlesungen §. 151.

wenn sie stattfinden soll. Dies ist der Unterschied der unterbrochenen von der ruhenden Verjährung[4]).

Ist die Unterbrechung durch Klaganstellung geschehen und Litiscontestation erfolgt, so hat dies noch die besondere Wirkung, daß die neue Verjährung auf 40 Jahre seit dem letzten gerichtlichen Act gesetzt ist. Dies ist die Bedeutung jener Pandektenstellen für das justinianische Recht, welche noch von der Perpetuirung durch Litiscontestation sprechen.

Die dritte Bedingung betrifft den Schluß der Verjährung. Dazu ist nothwendig Ablauf der Zeit von der actio nata bis zu dem Act, der außerdem Unterbrechung sein würde. (S. Lehrbuch.)

Von der bona fides.

Die bona fides des Beklagten kann kein Erforderniß, seine mala fides kann kein Hinderniß der Klagverjährung sein, wenn innere Gründe entscheiden. Denn der Grund der Klagverjährung ist eine Unterlassung des Klägers, nicht ein Zustand des Beklagten, also kann keine Qualification dieses Zustandes ein Erforderniß bilden. Dies gilt selbst von der Klage gegen den Besitzer; sein Besitz ist die Eigenschaft, die ihn zum Beklagten macht, aber die Verjährung gründet sich nicht darauf. So entscheidet auch das römische Recht und darin eben liegt der Unterschied zwischen Ersitzung und Klagverjährung bei dinglichen Klagen. Ohne denselben würden beide nicht mehr zu trennen sein, jede Klagverjährung wäre Ersitzung, also keine Klagverjährung mehr. Es gehörte erst die Verwirrung beider Institute dazu, um zu dem Erforderniß der bona fides bei der Klagverjährung zu kommen. Die Legalisirung dieser unbeschreiblichen Verkehrtheit verdanken wir dem canonischen Recht.

Der Inhalt der Stellen des canonischen Rechts[5]) ist kurz folgender:

---

4) S. die einzelnen Fälle unter 3) des Lehrbuchs a. E.

5) C. 5. X. de praescr. (2, 26): — — nulla antiqua dierum possessio (iure divino) iuvat aliquem malae fidei possessorem, nisi resipuerit postquam se noverit aliena possidere, quum bonae fidei possessor dici non possit. Ephesinus enim legislator solum propter vitandam miserorum segnitiem et longi temporis errorem et confusionem primus tricennali vel quadragenali praescriptioni vigorem legis imposuit. Nobis autem tam in rebus cognitis quam latentibus placuit non habere vigorem (Alex. III.) c. ult. eod.: Quoniam omne quod non est ex fide, peccatum est, synodali iudicio diffinimus, ut nulla valeat absque bona fide praescriptio tam canonica quam civilis, cum generaliter sit omni constitutioni atque consuetudini derogandum,

Ein Besitzer fremder Sachen, der sich auf Verjährung berufen will, **muß durchaus in bona fides**, und er muß darin die **ganze Verjährungszeit hindurch** gewesen sein. Dies bezieht sich zunächst auf die Usucapion, welche das canonische Recht auch schon unter praescriptio begreift, aber es soll sich sicher auch auf die Klagverjährung beziehen, die mit der Usucapion vermischt ist. Die Folge ist, daß es nach canonischem Recht keine Verjährung der Eigenthumsklage mehr giebt.

Man hat über den Sinn dieser Stellen verschiedene Meinungen aufgestellt:

1) Zunächst hat man angenommen, sie forderten bona fides bei jeder Klagverjährung. Diese Ansicht geht weit über den Ausdruck des canonischen Rechts hinaus, man könnte sie nur aus Liebe zum Absurden in Schutz nehmen, denn absurd ist sie, da sie Klagverjährung überdies so gut als aufheben würde (theoretisch, abgesehen vom Beweis der mala fides).

Man hat ferner 2) geglaubt, es werde bona fides bei der Klagverjährung gefordert, wobei der Beklagte im Besitz einer fremden Sache sei, nicht bloß bei dinglichen Klagen, sondern auch bei persönlichen, auch solchen, bei denen der Beklagte nicht durch den Besitz sich bestimmt, wie bei der actio depositi, commodati [6]). Ich stehe nicht an, diese Meinung entschieden zu verwerfen. Das Erforderniß der bona fides ist nur denkbar als Qualität des Zustandes, welcher den Beklagten zum Beklagten macht, also auch des Besitzes nur unter derselben Voraussetzung; dies ist dort nicht der Fall. Es ist aber auch unnöthig, da dem Kläger die Vindication zu Gebote steht.

3) Bona fides sei nothwendig bei allen Klagen gegen den Besitzer, dinglichen und persönlichen. Aber dies geht schon über die Worte des canonischen Rechts hinaus, welches nur von dem possessor rei alienae spricht. Nach jener Bestimmung würden auch eigene Sachen hierher gehören können, z. B. actio hypothecaria gegen den Verpfänder.

4) Bona fides werde bei der Eigenthumsklage vorausgesetzt. Diese Erklärung läßt der Entscheidung des canonischen Rechts

---

quae absque mortali peccato non potest observari. Unde oportet, ut qui praescribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae.

6) So unter andern auch Savigny, System V. §. 244 — 76.

noch ihr volles Recht. Die Vorschrift geht demzufolge dahin, man soll den Eigenthümer nicht unter dem Vorwand der bloßen Klagverjährung mala fide um seine Sache bringen können. Diese Ansicht hat die Empfehlung, daß durch sie nicht die Monstrosität einer Klagverjährung mit bona fides entsteht, denn ihr Inhalt ist eben, daß keine bloße Klagverjährung bei der Eigenthumsklage mehr stattfinden soll.

5) Einige haben den Einfluß des canonischen Rechts auf die Klagverjährung ganz geläugnet, und die angeführten Stellen bloß von der Usucapion verstehen wollen. Dies ist nicht zu rechtfertigen.

§. 91.

S. das Lehrbuch.

Wirkung der Klagverjährung.

§. 92.

1) Formelle Wirkung: Der Klage steht eine exceptio (praescriptio), exceptio temporis (nicht exceptio praescriptionis) entgegen. Die Folge davon bei der Eigenthumsklage ist, daß, wenn die Eigenthumsklage verjährt ist (ohne daß der Besitzer usucapirt hat), und die Sache an einen andern Besitzer kommt, der nicht Successor des vorigen war, der Eigenthümer ungehindert gegen diesen klagen kann.

2) Materielle Wirkung: Ob das Recht untergeht oder nur die Klage ist sehr controvers. Auf beiden Seiten sind eine beträchtliche Anzahl von Schriftstellern[1]).

Rechte können auf verschiedene Weise geltend gemacht werden, durch Klage, Einrede ꝛc. Vor Allem ist gewiß, daß die praescriptio temporis sich ihrem Begriff und Wesen nach auf diese Geltendmachung der Rechte bezieht, nicht auf die Rechte, abgesehen von ihrer gerichtlichen Geltendmachung. So z. B. ist sie unterschieden vom non usus. Die Frage ist also, auf welche Mittel der Geltendmachung wirkt die Klagverjährung? Wenn auf alle, so ist das Recht selbst dem Effect nach erloschen.

Die consequente Entscheidung ist, das versäumte Rechts-

1) S. die literarischen Nachweisungen in der Note ii. des Lehrbuchs.

mittel geht unter, die Klage, nicht die übrigen denkbaren. Mithin bleibt das Recht, nur seines hauptsächlichsten Mittels beraubt. Häufig wird dies allerdings praktisch so gut sein, wie wenn es selbst verloren wäre, aber es kann nicht selten wichtig werden, daß z. B. bei persönlichen Klagen naturalis obligatio bleibt, wie im Fall von soluti retentio, Compensation, Pfand, Bürgen. Das Gegentheil würde den unstatthaften Satz enthalten, daß die Versäumung der Klage den Verlust der nicht versäumten Einrede nach sich ziehe, und dies würde überdem eine Verjährung der Einrede sein, die es nicht giebt.

Diese Ansicht, welche die Klagverjährung bloß auf die Klage wirken läßt, hat eine unbestreitbare Nothwendigkeit bei dinglichen Klagen, namentlich beim Eigenthum. Das Gegentheil würde die Folge haben, daß die Sache herrenlos würde, und nun doch dem Besitzer als Occupanten zufiele. Es wäre also eine Unterscheidung von Usucapion und Klagverjährung unmöglich gewesen. Ebenso wie beim Pfandrecht, bei den Servituten Untergang des Rechts durch libertatis usucapio, non usus, durchaus von der Klagverjährung zu unterscheiden ist. Dies wäre nicht möglich, wenn die Klagverjährung das Recht zerstörte. Daß bei dinglichen Klagen bloß die Klage aufgehoben wird, nicht das Recht, wird denn auch jetzt allgemein anerkannt.

Daß es anders sein sollte bei persönlichen Klagen, ist nicht einzusehen. In dem Charakter derselben liegt nichts, was diese Verschiedenheit von den dinglichen Klagen begründen könnte; die Trennung wäre eine ganz willkührliche. Die Folge wäre aber auch, daß wir statt der Klagverjährung einen non usus (eine s. g. erlöschende Verjährung der Forderung) hätten und der Begriff der Klagverjährung würde verloren gehen. Die entgegengesetzte Meinung müßte so ausgedrückt werden: es giebt gar keine Klagverjährung, sondern nur einen non usus der Forderung; dieser non usus besteht aber in der Versäumung der Klage. Um dies glaublich zu finden, müßte es durch ganz unzweideutige Stellen des geschriebenen Rechts ausgesprochen sein. Wäre dies wirklich der Fall, dann müßten wir sagen: es sei zwar eine Absurdität, aber es stehe einmal so geschrieben.

Zu diesem Aeußersten sind wir jedoch auf keine Weise gezwungen, es ist vielmehr gerade das Gegentheil im geschriebenen Recht aufs Entschiedenste gesagt. Wenn mit der Forderung ein

Pfandrecht verbunden ist, so kann dies nicht länger dauern als die Forderung; der Untergang der Forderung hebt das Pfandrecht auf. Würde die Verjährung der persönlichen Klage die Forderung selbst zerstören, so müßte auch das Pfandrecht dadurch erloschen sein, also auch die hypothekarische Klage. Nun wird aber für die hypothekarische Klage eine eigene Verjährung festgesetzt, vermöge deren sie länger dauern kann, als die persönliche. Dies wäre unmöglich, wenn nicht eine naturalis obligatio zurückbliebe. — Deswegen hat man hier eine Ausnahme gemacht und behauptet: quoad pignus bleibe eine naturalis obligatio. Fragt man aber nach den Gründen für jene in sich ungegründete Ansicht, die man nur durch lauter zugegebene Ausnahmen aufrecht zu erhalten weiß, so sind es einige Stellen, die von einem debitor tempore liberatus sprechen [1]).

Das Resultat des Bisherigen ist folgendes:

1) Die Meinung, daß die Klagverjährung das Recht zerstöre, ist eine Inconsequenz;

2) sie ist sogar mit der Existenz der Klagverjährung unverträglich;

3) sie ist unmöglich bei dinglichen Klagen;

4) sie ist für persönliche Klagen nicht anwendbar in Beziehung auf die Pfandrechtsfrage;

5) sie hat auch keinen einzigen haltbaren äußern Grund für sich.

Von den Einreden.

Begriff.

§. 93.

Es giebt Rechtsmittel, die insofern keinen selbstständigen Character haben, als sie Vertheidigung sind, also einen Angriff voraussetzen. Dies sind die Exceptionen, Vertheidigung des Beklagten gegen die Klage, Repliken, Vertheidigung des Klägers gegen die Exceptionen, Dupliken, Tripliken ꝛc. Aber

---

1) Die ausführliche Exegese dieser Stellen: L. 37. D. de fideiuss. (46, 1.) L. 18. §. 1. D. de pec. const. (13, 5) s. Beilage VI.

nicht alle Vertheidigungen sind Exceptionen ꝛc. Auch hier ist die materielle und die processualische Bedeutung zu unterscheiden.

Die processualische Bedeutung der Exceptionen ꝛc. war im älteren römischen Recht eine sehr bestimmte: die Vertheidigung des Beklagten, welche in die Formel gesetzt werden mußte, damit der Richter sie berücksichtigte. Dies geschah in der Form einer Ausnahme von der Condemnation, woraus sich der Name exceptio [1]) erklärt.

Für den heutigen Proceß ist der Begriff der processualischen Exceptio einer der allerbestrittensten Punkte. Viele helfen sich damit, daß sie sagen: Exceptio ist jede Vertheidigung, welche der Beklagte beweisen muß. Das ist die Angabe der Wirkung, aber kein Begriff. Man kann sagen: Exceptio ist jede Vertheidigung, wodurch der Beklagte der factischen Begründung der Klage ein anderes Factum entgegenstellt, welches jene zwar nicht unwahr macht, aber entkräftet.

Das Verhältniß dieses processualischen zu dem materiellen Begriff ist: nach römischem Recht gab es keine processualische Exception, die nicht zugleich auch materiell als solche gegolten hätte; wohl aber gab es materielle Einreden, denen nicht die erstere Bedeutung zukam. Nach heutigem Proceß giebt es materielle Exceptionen, die keine processualischen, und processualische, welche keine materiellen sind.

Materieller oder civilrechtlicher Begriff.

Drei Vertheidigungsmittel hat der Beklagte:

1) Reine Negation, schlechtweg den Anspruch des Klägers läugnend (sei es des factischen oder des rechtlichen Grundes wegen).

2) Qualificirte Negation, Läugnen des jetzigen Daseins des klägerischen Anspruchs, Behauptung der Aufhebung. Also gemischt mit einer Thatsache, die aber die Wirkung hat, das Recht ipso iure aufzuheben, z. B. Usucapion, Solutio. Gemein hat sie mit der wahren Exceptio, daß den Beklagten der Beweis trifft, daher sie der neuere Proceß zu den Exceptionen zählt, (z. B. exceptio usucapionis, bei der eben nicht die factische Begründung der Klage, z. B. die Erwerbsart des Klägers, geläugnet wird).

---

1) Puchta, Cursus der Institutionen, II. §. 170.

Diese Anschauung ist den Römern fremd; diese s. g. exceptio ist auch im processualischen Sinn keine Exceptio nach römischem Recht.

3) Exceptio, Vertheidigung, welche in der Entgegensetzung eines Rechts besteht, das die Wirkung der Klage hindert. Dies ist die Exceptio im materiellen Sinn. Das Recht der Klage wird nicht als nicht existent behauptet, aber als unwirksam, wegen des Hindernisses, das ihm die Exceptio entgegenstellt. Die Exceptio steht entweder 1) dem Recht selbst, also jeder Geltendmachung desselben entgegen, was bei den meisten der Fall ist, z. B. exceptio S. C. velleiani, exceptio metus, doli etc., oder 2) nur der Klage, z. B. exceptio temporis, exceptio S. C. macedoniani, oder 3) nur der jetzigen Anstellung der Klage, z. B. pactum ne intra certum tempus petatur.

Schon nach römischem Recht wurden nicht alle diese Exceptionen als processualische behandelt, wie namentlich die exceptio doli in bonae fidei iudicia. Die heutigen Processualisten dagegen schließen alle aus, die nicht auf einem selbstständigen Factum beruhen, z. B. exceptio S. C. velleiani, macedoniani.

Für das Civilrecht müssen wir an dem materiellen Begriff der Exceptio festhalten; ebenso ist der Begriff der replicatio ꝛc. zu fassen.

Arten der Exceptio.

§. 94.

Die exceptio doli ist 1) specialis, doli praeteriti, 2) generalis, doli praesentis. Die meisten Einreden außer denen, welche einen processualischen Grund haben, lassen sich so ausdrücken: Der Kläger handelt dolose, dies zu fordern (eben weil ihm die Exceptio entgegensteht): si in ea re nihil dolo malo actoris fiat. Nicht hieher gehören die, welche auf rein positiven Rechtsvorschriften beruhen, wo man nicht sagen kann, die allgemeine Gerechtigkeit fordert, daß der Beklagte frei sei. Im römischen Recht hatte dies die praktisch wichtige Folge, daß eine solche bei bonae fidei iudicia nicht in die Formel gesetzt zu werden brauchte.

Ein Fall der doli exceptio ist auch das s. g. Retentionsrecht. Der Beklagte hat die exceptio doli wegen Gegenforderungen, wenn diese entweder mit der Forderung oder mit der Sache conner sind, z. B. Gegenforderung aus demselben Contract, wegen

Verwendungen auf die eingeklagte Sache. Die Wirkung ist, daß der Beklagte die Sache so lange retiniren kann, bis die Exceptio beseitigt wird. Deshalb hat man diese Exceptio Retentionsrecht genannt (nicht sehr bezeichnend, weil jene Wirkung bei jeder Exceptio eintritt). Früher wurde das Retentionsrecht oftmals als Selbsthülfe dargestellt [1]), wozu bloß der unächte und unpassende Name Veranlassung gab. Eine Exceptio kann keine Selbsthülfe sein, und auch nicht das Zurückhalten der Leistung, das damit verbunden ist, sonst müßte jeder Schuldner, der nicht zahlt, sich im Zustand der Selbsthülfe befinden. Daraus ist die Meinung entstanden, das fragliche Recht sei so viel als möglich auf die Fälle zu beschränken, wo es im geschriebenen Recht erwähnt ist. Dies ist ganz unrichtig und man hat sich davon jetzt auch allgemein überzeugt. Endlich hat man es fälschlich für einen Ausfluß des Besitzes angesehen. Der Besitz ist nur das Mittel der Ausübung, aber man kann nicht bloß besessene Sachen retiniren, sondern auch andere Leistungen. In Folge dieses Irrthums hat man ebendeshalb auch ganz unrichtig behauptet, daß das Retentionsrecht die Erfordernisse des Besitzes habe. Allerdings können Fehler des Besitzes das Retentionsrecht unwirksam machen, insofern der Kläger die possessorischen Interdicte hat, denen natürlich die exceptio doli gegen das Recht nicht entgegensteht. Aber darum ist diese Fehlerlosigkeit nicht ein Erforderniß des Retentionsrechts selbst. Alle diese Irrthümer sind durch den falschen Namen Retentionsrecht veranlaßt worden.

Eine Einrede kann einen individuellen Grund haben, in einer persönlichen Eigenschaft des Beklagten, exceptiones personae cohaerentes. Diese gehen nicht über auf diejenigen, welche in das Beklagtenverhältniß als Successoren oder sonst eintreten, z. B. Competenz der Soldaten, pactum ne a me petatur. Sie sind jedoch die Ausnahme, während die Regel ist, daß keine solche individuelle Beziehung stattfindet, daß also die Einreden rei cohaerentes sind.

Exceptiones in rem heißen sie auch mit Rücksicht auf die Gleichgültigkeit der Person des Klägers, weil sie gegen jeden Kläger angestellt werden können, der das in Frage stehende Rechtsverhältniß geltend macht, z. B. die exceptio metus. In

1) Noch von Mühlenbruch Lehrbuch §. 135.

personam sind diejenigen, welche einer bestimmten Person entgegenstehen, z. B. Competenz der Eltern gegen die Kinder. Bei der exceptio doli (si in ea re nihil dolo malo actoris factum est) gilt der Grundsatz: daß sie dem Successor nicht schadet (z. B. der Verkäufer hatte den Besitzer dolose vermocht, sein Eigenthum aufzugeben, mit Ausnahme der successio ex lucrativa causa). Dem Repräsentanten des in dolo Befindlichen dagegen schadet sie, aber auch dem der aus der Person seines Auctors besondere Vortheile geltend macht, z B. Accessionen der Klage, accessio temporis.

Den Begriff der exceptiones peremtoriae, dilatoriae s. im Lehrbuch. Eine besondere Art der dilatorischen Einreden ist die exceptio, quod praeiudicium non fiat. Sie gründet sich darauf, daß die Entscheidung des gegenwärtigen Processes von der Entscheidung einer andern Frage abhänge, die nicht Bestandtheil der gegenwärtigen sein könne, sondern einen andern Proceß bilde. Es wird also behauptet, das zwei Processe existiren, von denen einer das praeiudicium des andern sei; also der Kläger wolle mit Unrecht den gegenwärtigen zum praeiudicium des andern machen, z. B. Theilungsklage — Eigenthumsklage, Servitutenklage — Eigenthumsklage. Die L. 12. D. de except.[2]) sagt: der Kläger muß auch im praeiudicium als Kläger auftreten, d. h. derjenige, dessen jetzige intentio von der, dem praeiudicium zu Grunde liegenden abhänge. Der Excipient könnte als Provocant des praeiudicium als Kläger in diesem erscheinen; dies soll nicht so sein.

Aufhebung.

§. 95.

Concurrenz als Aufhebungsgrund der Einreden ist nicht denkbar. Was bei Klagen durch diesen Grundsatz verhütet werden soll (daß nicht mehrmals dasselbe eingeklagt werde), dies wird hier schon natürlich ausgeschlossen. Alle Einreden haben denselben Zweck, die Abweisung der Klage; alle concurriren also im Object. Aber es ist eine natürliche Nothwendigkeit, daß dies Object nur einmal erreicht werden kann. Ein Rechtssatz, welcher

---

2) L. 12. D. de except. (44, 1): Generaliter in praeiudiciis is actoris partes sustinet, qui habet intentionem secundum id quod intendit. Vergl. noch Beilage VII.

dies ausschließen wollte, würde mithin keinen Sinn haben. Dagegen ist die Verbindung mehrerer Einreden gegen die Klage unbeschränkt. Mehrere Widersprechende sind eventuell neben einander möglich, ebenso Negationen und Einreden. In der L. 43 D. de R. J.[1]) sind die Worte: nisi lex impedit, wahrscheinlich ein Zusatz der Compilatoren, wodurch der Fall ausgenommen wird, wo das Läugnen der Exceptionen verlustig macht.

Exceptionen können nie verjähren. Denn vor Anstellung der Klage kann die Einrede nicht versäumt werden, ihr Gebrauch ist nicht von der Willkühr des Berechtigten abhängig. Wenn daher für die Exceptio eine Zeit gesetzt ist, so gelten davon nicht die Grundsätze der Verjährung.

Viele wollten eine Ausnahme machen, wenn es sich darum handle, daß ein Recht mit Klage und Einrede geltend zu machen sei, z. B. actio redhibitoria und exceptio gegen die actio venditi. Dazu ist jedoch nicht der mindeste Grund. Man hat für jene Ansicht angeführt, hier habe der Klagberechtigte doch die Geltendmachung versäumt. Dies würde nur richtig sein, wenn Versäumniß als eine Art Delict mit dem Verlust des Rechts bestraft würde.

Einfluß des Verfahrens auf die Rechte.

Litiscontestation.

§. 96.

Lis contestata oder iudicium acceptum bezeichnet den Zeitpunkt der Entstehung des Proceßverhältnisses zwischen Kläger und Beklagten (Streitbefestigung).

Im älteren römischen Recht bezog sich der Begriff bloß auf den ordo iudiciorum privatorum. Litiscontestation war die Vollendung des Verfahrens in iure, als Begründung des Verfahrens in iudicio.

Nach justinianischem Recht ist Lis contestirt, wenn der Beklagte die Klage vernommen, und sich vor dem Richter darüber erklärt hat, vorausgesetzt, daß er die Klage übernimmt, also nicht

1) L. 43 D. de R. J. (50,17): Nemo ex his, qui negant se debere, prohibetur etiam alia defensione uti, nisi lex impedit.

entweder die Eigenschaft als Beklagter ablehnt, oder den Anspruch sofort einräumt. Nach heutigem Recht ist die L. C. ebenso die erste Vernehmlassung des Beklagten auf die Klage, die und sofern sie eine Uebernahme derselben, eine Einlassung auf sie enthält.

Mit der Litiscontestation entsteht daher auch der Einfluß, welchen der Proceß auf die darin befangenen Rechte äußert. Dieser Einfluß besteht zum Theil aus zufälligen Wirkungen, z.B. Veräußerungsverbot, vierzigjährige Verjährung ꝛc., zum Theil aus wesentlichen, d. h. solchen, die aus dem Begriff und der Bedeutung des Processes mit Nothwendigkeit folgen (auch die zufälligen lassen sich auf den Charakter des Processes zurückführen, nur nicht mit gleicher Nothwendigkeit). Diesen letzteren liegt folgendes Princip zu Grunde. Der Proceß hat die Aufgabe, einen Rechtsstreit zu entscheiden, und dadurch einen sichern Rechtszustand an die Stelle der bisherigen Ungewißheit und Bestrittenheit zu setzen. Die Parteien verpflichten sich daher, die res in iudicium deducta von dem Ausgang des Processes abhängig zu machen, also das künftige Urtheil anzuerkennen, aber auch dem Eintritt dieser Entscheidung nicht entgegenzuwirken, sie zu erwarten, und daher von einer andern Geltendmachung der Rechte abzustehen. Ist die Entscheidung schon erfolgt, so gründet sich dieses letztere unmittelbar auf das Urtheil, exceptio rei iudicatae, vor der Entscheidung auf die Litiscontestation, exceptio rei in iudicium deductae; dies ist im justinianischen Recht nicht mehr, wohl aber im heutigen der Fall (Einrede der Litispendenz).

Beweis.

§. 97. 98.

Die richterliche Entscheidung beruht auf drei Momenten, 1) Kenntniß des Rechts, 2) Kenntniß der Thatsachen, 3) Anwendung des Rechts auf die Thatsachen, Subsumtion der letzteren unter die Rechtssätze. Das dritte Moment ist der unmittelbar die Entscheidung gebende Act, die ersteren sind die Prämissen dazu.

Die Thätigkeit unter 3) ist keine an sich in äußere Entscheidung fallende, also auch keinen Proceßregeln und Formen unterworfen. Dies ist nur bei ihrem Resultat, dem Urtheil, der Fall, in welchem sie selbst erst ihren Körper erhält.

Ebenso ist regelmäßig das erste Moment keine processualische Thätigkeit, s. §. 109.

Es bleibt also hier noch übrig die zweite, die Kenntniß der Thatsachen.

Die Thatsachen, von deren Existenz die Entscheidung abhängt, müssen in der durch das Proceßrecht vorgeschriebenen Art und Weise zur Kenntniß des Richters gebracht werden. Darin liegt zweierlei.

1) Sie müssen von den Parteien allegirt werden. Als Regel gilt der Grundsatz: quod non est in actis, non est in mundo (dies gilt nicht bloß von „Acten", sondern vom mündlichen agere so gut, wie vom schriftlichen). Dies ist eine rein processualische Frage.

2) Sie müssen bewiesen, d. h. dem Richter muß die Gewißheit ihrer Existenz verschafft werden. Der Beweis ist eine der wichtigsten Thätigkeiten der Parteien im Proceß. Dieser Punkt ist theils eine rein processualische, theils eine civilrechtliche Frage.

Die juristische Gewißheit ist nicht nothwendig eine natürliche (eine solche, welche die Möglichkeit des Gegentheils schlechthin ausschließt). Eine solche kann nicht zur Begründung des Urtheils gefordert werden, weil sonst in den meisten Fällen die Entscheidung unmöglich wäre, ein non liquet aber dem Wesen des Civilprocesses zuwider sein würde. Es gilt vielmehr die Vorschrift: wenn eine Thatsache von dem, der sie zu beweisen hatte, nicht bewiesen worden ist, so hat der Richter ihre Nichtexistenz als wahr anzunehmen, und demgemäß zu entscheiden. Dies könnte nicht geschehen, wenn eine materielle Wahrheit gefordert würde, wenn der Richter sich nur da für überzeugt halten dürfte, wo das Gegentheil unmöglich wäre. Die juristische Wahrheit ist eine formelle, deren Annahme auf juristischen Regeln beruht, welche zwar so eingerichtet sein müssen, daß sie die materielle als möglichst nahe zu berührendes Ziel erkennen, aber die doch die Erreichung nicht garantiren können. Daraus folgt, daß ein Beweis den Gegenbeweis nicht ausschließt. Gegenbeweis hebt den Beweis auf.

Processualische Fragen bei dem Beweis sind: in welchen Formen und durch welche Mittel wird der Beweis geführt? Von den Beweisgründen ist eine Uebersicht gegeben im §. 98. des Lehrbuchs.

Civilrechtliche Fragen sind: was ist zu beweisen und wer hat zu beweisen?

1) Gegenstand des Beweises sind nur relevante, ungewisse Thatsachen (nicht Rechtssätze). Der Begriff der Notorietät ist kein absoluter, aber er bezieht sich auf alle bei dem Proceß wesentlich thätigen Personen, Richter und Parteien. Notorisch ist eine Thatsache von der Beschaffenheit, daß ihre Nichtkenntniß von Seiten des Richters und der beiden Parteien, allgemein menschlichen Verstand bei ihnen vorausgesetzt, unmöglich ist. Eine Bestreitung wäre nur als Chikane denkbar und wird darum nicht zugelassen.

Praesumtio iuris et de iure ist z. B. daß das nach Ablauf von 10 Monaten nach aufgehobener Ehe geborne Kind kein eheliches, ferner Consens zu einem Rechtsgeschäft, bei dem man irgendwie mitwirkt. Da diese Thatsachen gar nicht in den Bereich des Beweises fallen, so ist auch kein Gegenbeweis denkbar.

2) Von der Beweislast.

Das onus probandi ist eine der wichtigsten Fragen, weil davon sehr häufig der Ausgang des Processes abhängt. Bei den allermeisten Processen sind nicht die Rechtssätze, sondern die Thatsachen bestritten, und der Beweis der relevanten Thatsachen kann zuweilen so schwierig oder wegen Mangel an Beweismitteln so unsicher sein, daß vielleicht mit der Entscheidung über die Beweislast in der That schon so gut als über die Sache selbst entschieden ist.

Grundsätze:

a) jede Partei muß die Thatsachen beweisen, auf die sich ihr Anspruch gründet, wenn sie ihr bestritten werden, gleichviel ob der Anspruch auf Verurtheilung des Gegners oder auf Absolution geht. Dies gilt von dem Kläger in Beziehung auf den Grund seiner Klage, von dem Beklagten in Beziehung auf die Exceptionen und qualificirten Negationen. Ob die Thatsachen positive oder negative sind, davon hängt zunächst nichts ab, z. B. condictio indebiti. Daher ist die Regel: affirmanti incumbit probatio nicht richtig. In der Stelle L. 2. C. de probat. (22, 3): Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat — wird die Beweislast nicht auf das Bejahen oder Verneinen gestellt, sondern auf die Behauptung im materiellen Sinn (Erhebung eines Anspruchs). Auf die Form kommt es nicht an, denn diese ist großentheils will-

haupte eine Wiederaufhebung, nur eine coincidirende, von der in Beziehung auf den Beweis gelten müsse, was von einer andern Aufhebung gilt. Der eigentliche Grund ist: die Frage fällt unter die für den Beweis von Rechtsgeschäften geltende praesumtio iuris. Der Allegant hat seinem onus probandi genügt, wenn er die das Rechtsgeschäft bildenden Thatsachen bewiesen hat, Form und Inhalt, so weit er sich darauf beruft. Die Behauptung der Suspensivbedingung ist die Behauptung eines besondern Mangels, welchen der ihn Behauptende beweisem muß. — Auf die Frage der Erfüllung bezieht sich diese Controverse nicht; dieser Punkt ist unbestritten.

Urtheil.

§. 99.

Richterliche Erkenntnisse, decreta im allgemeinen Sinn, sind Verfügungen der Gerichte an die ihrer Jurisdiction unterworfenen Personen. Auf einseitigen Anruf erlassene heißen decreta im eigentlichen Sinn (z. B. Communicativdecret). Auf zweiseitige Verhandlungen und Gehör beider Parteien, Decisiverkenntnisse, Urtheile, Sentenz. Solche sind diejenigen, wodurch der Rechtsstreit entschieden wird, entweder ganz (Definitivsentenz, Endurtheil), oder in einem vorbereitenden Zwischenpunkte (Zwischenurtheil, sententia interlocutoria). Hier ist von der Sentenz, insonderheit Definitivsentenz die Rede.

Processualisch ist die Lehre von den Erfordernissen des Urtheils, namentlich zur Gültigkeit und zur Rechtskraft (wenn kein ordentliches Rechtsmittel dagegen zulässig ist).

Civilrechtlich ist die Lehre von der Wirkung. Die Wirkung eines gültigen und rechtskräftigen Urtheils drückt das Wort res iudicata aus.

Richterliche Beendigung des Rechtsstreits.

1) Das Urtheil, als Urtheil, abgesehen von seinem Inhalt hat, wenn das streitige Rechtsverhältniß eine Obligatio ist, die Wirkung der Novation, es hebt die bisherige Obligatio auf, das condemnatorische setzt überdies eine neue an ihre Stelle. Dies ist die Wirkung des Processes überhaupt, also schon der Litiscontestation, das Urtheil bekräftigt sie nur, s. darüber unten §. 292.

2) Wirkung des Inhalts. Das was das Urtheil über die Rechtsverhältnisse der Parteien (nämlich die in iudicium deducir-

ten) aussagt, gilt als wahr (hat formelle Wahrheit), da es von keiner Partei wieder bestritten werden darf. Dies folgt nothwendig aus dem Begriff einer Sentenz, die, wenn nicht diese, sonst gar keine Wirkung hätte. Aber diese Wirkung erstreckt das Urtheil natürlich nur auf die Parteien und ihre Successoren, res iudicata pro veritate accipitur inter partes (daher kann ein Urtheil niemanden zum Eigenthümer machen, denn Eigenthum bloß gegenüber einer gewissen Person wäre widersinnig). Nur in einigen wenigen Fällen ist dem Urtheil eine weitere Wirkung gegeben, vorausgesetzt, daß es auf ernstliche Verfechtung der Sache von beiden Parteien ergangen ist (also keine Collision oder Concurrenz stattgefunden hat). Hier sagt man res iudicata ius facit (hat die Wirkung eines Rechtssatzes). Hierher gehören das Urtheil über den Status einer Person, über die Inofficiosität und sonstige Ungültigkeit eines Testaments, und auf Popularklagen [1]).

Jene formelle Wahrheit giebt einem condemnatorischen Urtheil die Wirkung, eine Obligatio des Condemnirten hervorzubringen, obligatio iudicati. Bei dieser kommt es nur auf Gültigkeit und Rechtskraft der Sentenz an, die letztere selbst ist, mag bisher eine Obligatio existirt haben oder nicht, eine nova causa obligationis, welche Gegenstand der Execution ist. Bei Condemnation auf eine persönliche Klage hat der Schuldner eine Frist von 4 Monaten, nach deren Ablauf erst die actio iudicati stattfindet. Doch kann der Richter in sehr dringenden Fällen sie verkürzen, wie namentlich bei Alimenten. Bei dinglichen Klagen auf Restitution einer Sache ist an sich keine Frist denkbar. Nur in dem Falle wird eine Ausnahme gemacht, wo sofortige Restitution unmöglich ist; dann muß aber Caution durch Bürgen gestellt werden.

Was ferner durch rechtskräftige Sentenz entschieden ist, das kann nicht einer neuen Untersuchung unterstellt werden (abgesehen von dem Fall einer zulässigen in integrum restitutio). Res iudicata est finis controversiarum. Diese Wirkung der Sentenz wird geltend gemacht durch die exceptio rei iudicatae. Sie steht jeder Partei zu, für welche in dem Urtheil etwas ausgesprochen ist, wogegen der jetzt erhobene Anspruch streitet. So dem Be-

1) L. 25. D. de statu hom. (1, 5.) L. 2. 3. pr. D. de agnosc. lib. (25, 3.) L. 17. §. 1. D. de inoff. test. (5, 2.) L. 50. §. 1. D. de leg. I. (30.) L. 14. D. de appell. (49, 1.) L. 3. pr. D. de pop. act. (47, 23.)

klagten, der absolvirt worden ist, wenn der Kläger das ihm abgesprochene Recht wieder geltend machen will, aber auch dem damaligen Kläger, wenn er von einer exceptio des Beklagten absolvirt worden ist, und dieser das ihm abgesprochene Recht in einem Proceß geltend machen will.

Die Regel: quotiens inter easdem personas eadem quaestio revocatur enthält folgende Erforderniße:

1) Eaedem personae, das Urtheil beschränkt seine Kraft auf die im Proceß stehenden Personen. Keine Verschiedenheit unter den Personen entsteht, wenn ein Stellvertreter früher oder jetzt auftrat. Als ein solcher gilt auch der zeitige Eigenthümer in Beziehung auf Realservituten. Die Einrede steht aber auch den Successoren und gegen sie zu, so hinsichtlich der Proceßführung ihres Vorgängers, Universalsuccessors oder Singularsuccessors.

2) Eadem quaestio, dieselbe Streitfrage, die schon entschieden ist. Zwei Bestandtheile sind es, welche diese Identität bestimmen:

a) idem de quo agitur, derselbe Gegenstand der Klage, Sache oder Handlung. Der Unterschied zwischen Theil und Ganzem ist irrelevant. Daher ist es gleich, wenn zuerst ein Theil, nachher das Ganze eingeklagt wird, und umgekehrt, z. B. Grundstück, Erbschaft und einzelne res hereditariae.

b) Eadem causa petendi, causa proxima actionis, dasselbe Recht, aus dem die frühere Klage und die jetzige entspringt. Die Klage kann verschieden sein, z. B. interdictum adipiscendae possessionis und actio. Auf die causa remota kommt es nicht an, diese kann eine andere und doch das Recht dasselbe sein [2]), daher steht der Eigenthumsklage die exceptio entgegen, wenn gleich eine andere Erwerbsart als früher behauptet wird [3]). Nur dann macht die verschiedene Erwerbsart ein anderes Recht, wenn sie nach dem früheren Urtheil eingetreten ist [4]). Dies widerspricht natürlich der früheren Entscheidung nicht. Ebenso steht der exceptio nicht entgegen, wenn der Kläger aus einem andern Grund, als weil er das Recht nicht habe, abgewiesen worden ist, z. B. weil der Beklagte nicht der rechte Beklagte war. Hier ist die

2) L. 27. D. de exc. rei iud. (44, 2.)
3) L. 11. D. eod.
4) L. 11. §. 5. D. eod.: Itaque adquisitum quidem postea dominium aliam causam facit, mutata autem opinio petitoris non facit. —

jetzige Behauptung des Eigenthums kein Widerspruch gegen den Inhalt des Urtheils.

In Beziehung auf die causa remota aber ist ein wichtiger Unterschied zwischen actiones in personam und in rem. Jede Obligatio entsteht auf die ihr eigenthümliche Art, eine andere Entstehung bringt eine andere Obligatio hervor. Wer also dieselbe Leistung aus einem andern obligatorischen Grund fordert, als früher, klagt aus einer andern Obligatio, es ist nicht eadem causa petendi, die exceptio fällt weg. Es ist nur Eine Obligatio in iudicium deducirt, nur über Eine Obligatio entschieden, nicht über alle Gründe, aus denen dieser Gegenstand geschuldet werden kann, z. B. Schadensersatz, ex deposito, ex L. aquilia.

Die Rechte dagegen, aus denen dingliche Klagen entspringen, entstehen auf verschiedene Weise, ohne das Recht zu einem andern zu machen. Wem das Eigenthum, die Servitut abgesprochen wird, dem wird natürlich jede mögliche Erwerbung abgesprochen, er hat alle causae remotae umfaßt, indem er das Eigenthum ꝛc. zum Grund seiner Klage gemacht hat.

Man hat lange Zeit behauptet, das werde durch Angabe einer bestimmten Erwerbsart (expressa causa adquirendi) beseitigt. Diese Ansicht ist

1) unzweckmäßig und streitet gegen die Grundsätze einer vernünftigen Proceßgesetzgebung,

2) auch civilrechtlich unmöglich. Der Klagegrund müßte die Erwerbsart, und diese, nicht das Eigenthum, müßte in iudicium deducirt sein. Dann wäre aber keine Eigenthumsklage mehr vorhanden, und dasselbe müßte auch non expressa causa gelten[5]). Es läßt sich hier nur durch in integrum restitutio helfen, durch welche auch wirklich jedes Bedürfniß gedeckt wird. (§. 104. a. E.)

In integrum restitutio.

Begriff.

§. 100.

Wer einen Nachtheil abwenden will, welcher in einer Rechtsverletzung seinen Grund hat, dem stehen die ordentlichen Rechtsmittel zu Gebote, deren bisher Erwähnung geschah.

5) Vgl. die Exegese der hierher gehörigen Stellen in Beilage VIII.

Gegen einen andern Nachtheil nimmt ihn das gewöhnliche Recht nicht in Schutz. Ja das Recht selbst kann Veranlassung zu einem Nachtheil werden, z. B. Usucapion, Klagverjährung, unvortheilhafte Abschließung eines Rechtsgeschäfts, res iudicata. Das formelle Recht kann ein materielles Unrecht werden.

Gegen dieses wird eine Hülfe nicht Bedürfniß, so weit jedermann die Möglichkeit offen steht, durch Aufmerksamkeit und Sorgfalt solchen Nachtheilen vorzubeugen. Wir würden ohne Grund die große Wohlthat der Rechtssicherheit aufopfern, wenn wir auch den Unaufmerksamen und Leichtsinnigen eine Hülfe gegen Nachtheile gewähren wollten, in die sie durch eigene Schuld gerathen sind. Iura vigilantibus sunt scripta.

Unter solchen Umständen ist eine außerordentliche Ergänzung der ordentlichen Rechtshülfe gegeben, die in einem Schutz nicht des gewöhnlichen Rechts, sondern gegen dasselbe besteht, in einer Geltendmachung der höhern Gerechtigkeit gegen die Nachtheile des gewöhnlichen Rechts. Dies ist die in integrum restitutio, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Je durchgebildeter ein Recht ist zu einer Berücksichtigung des gesammten menschlichen Daseins, desto seltener wird das Bedürfniß dieser außerordentlichen Hülfe sein; ganz wird sie nie entbehrlich werden.

Der Name bezeichnet das Rechtsmittel nur sehr im Allgemeinen, keineswegs bestimmt. Vielmehr müssen eine Menge Fälle ausgeschlossen werden, die unter jenen Namen begriffen werden könnten:

1) Die Wiederherstellung eines dem strengen Recht nach aufgehobenen Zustandes; die Restitution als Gegenstand der Vindication, wodurch ein bestehendes Recht geschützt und nur ein factischer Zustand wiederhergestellt wird, ferner die interdicta restitutoria etc.

2) Die Wiederherstellung durch ein Rechtsmittel. Ausgeschlossen ist daher die durch Concession des Regenten ertheilte, z. B. restitutio famae (die Restitution, von der hier die Rede ist, ist keine Gnadensache); b) die durch einen Rechtssatz ipso iure eintretende, wie das Postliminium.

3) Es ist möglich, daß gegen die Wirkung des strengen Rechts ein Rechtsmittel gegeben wird, das dennoch aus dem

ordentlichen Recht, nur dem ius aequum entspringt. Dies ist der Fall, wenn die Bedingungen des Rechtsmittels durch das Recht genau festgesetzt sind, die Zulässigkeit desselben nicht auf das Ermessen des Richters gestellt ist. Manche Rechtsmittel, die früher unter die in integrum restitutio fielen, sind später (theils schon im römischen, theils im heutigen Recht) aus dieser Sphäre herausgetreten, indem die Hülfe allgemein und ohne Einfluß der concreten Individualität des Falls vorgeschrieben wurde. So macht Betrug und Zwang das Geschäft nicht nichtig, aber es findet eine Wiederherstellung durch actio und exceptio doli, actio und exceptio metus statt. Diese bewirkten zum Theil in integrum restitutio, während sie es im neuesten Recht nicht mehr thun. Dasselbe ist der Fall bei gewissen Veräußerungen, z. B. zum Nachtheil des Proceßgegners, zu dem des Gläubigers (actio pauliana); ferner bei der capitis deminutio.

4) Eine eigentliche Restitution ist die, bei welcher die Rechtmäßigkeit der Hülfe auf das Urtheil des Richters gestellt ist, unbeschadet der Möglichkeit einer mehr oder weniger engen Begränzung dieses Ermessens durch speciellere Vorschriften über die Veranlassung und Begründung der richterlichen Entscheidung, ob die Restitution zu ertheilen sei oder nicht.

Die Restitution beruht auf folgenden Momenten:

1) Veranlassung; diese ist ein durch das Werk erlittener Nachtheil (§. 101).

2) Begründung, a) rechtliche Begründung; die Frage ist, ob unter den vorhandenen Umständen, ihre Wahrheit vorausgesetzt, Restitution zu ertheilen ist? Die Begründung besteht in einer Anforderung der höhern Gerechtigkeit gegenüber dem Gang des gewöhnlichen Rechts. Unser Recht macht einzelne Umstände, die im Allgemeinen dieses Eingreifen in den gewöhnlichen Rechtsgang begründen können, als iustae causae restitutionis namhaft (§. 102—4), aber es läßt ihre Wirkung im concreten Fall doch abhängen von dem richterlichen Ermessen und der Erwägung individueller Verhältnisse. Darin nun eben, einmal der Geltendmachung der aequitas gegen das gewöhnliche Recht, sodann dem Einfluß des Richters darauf, liegt das charakteristische Merkmal der wahren in integrum restitutio. b) Factische Begründung; die Frage ist, ob die Thatsachen wirklich wahr sind. Darin liegt

natürlich nicht der Charakter der Restitution, denn diese Verhandlung kommt bei jedem Proceß vor[1]).

3) Realisirung der Restitution, wirkliche Wiederherstellung des früheren Zustandes. Auch darin liegt nicht der Charakter der Restitution, denn derselbe Erfolg ist auch bei einem ordentlichen Rechtsmittel möglich. Die Mittel zu dieser Realisirung sind: a) Rescission eines Ereignisses, z. B. eines Erbschaftsantritts; b) Rescission und Wiederherstellung eines verlorenen Rechtsmittels, actio rescissoria s. restitutoria, z. B. bei der Usucapion, dem Verzicht; c) Verleihung einer neuen Klage, die aber von jener Begründung und ihrer Untersuchung abhängt. Dieser Fall ist nach heutigem Recht aus der Reihe der Restitutionen herausgetreten.

Veranlassung.

§. 101.

Das erste Erforderniß, von welchem die Ertheilung der Restitution abhängt, was also die Entscheidung des Richters bestimmt, ist die Existenz eines Nachtheils (Läsion). Hier sind folgende Punkte zu berücksichtigen:

1) Der Nachtheil darf nicht ein ganz unbedeutender sein: minima non curat praetor, ein Erforderniß, welches der Außerordentlichkeit der Hülfe angemessen ist.

2) Dieser Nachtheil ist abzuwägen gegen den durch die Restitution für Andere entstehenden, namentlich ist auch eine Verwirrung von Rechtsverhältnissen, die sich mittlerweile gebildet haben, zu vermeiden. Die Restitution darf also nicht stattfinden, wenn dieser Nachtheil jenen bedeutend überwiegt. Ueberhaupt ist das Erforderniß, daß der Nachtheil ein bedeutender sein muß, nicht positiv zu fassen; wo sonst der Ertheilung der Restitution Bedenken entgegenstehen, müssen diese jedenfalls durch einen großen Umfang des Nachtheils aufgewogen werden.

Schon in diesen beiden Punkten liegt ein großer Einfluß des richterlichen Ermessens, der sich auch auf die Fälle erstreckt, wo es sich um gesetzlich bestimmteste Restitutionsgründe handelt.

1) L.3.D. de in int. rest. (4,1.): Omnes in integrum restitutiones causa cognita a praetore promittuntur, scilicet ut iustitiam earum causarum examinet, an verae sint, quarum nomine singulis subvenit. — Die Worte: an verae sint gehen nicht auf die factische Wahrheit, sonst müßte es heißen: et an —, sondern der Sinn ist: ob es gerechte sind, aus denen er Hülfe gewähren möge.

3) Nicht bloß positiver Schaden wird berücksichtigt, sondern auch entgangener Gewinn, nur darf dies nicht mit dem Schaden eines Andern verbunden sein.

4) Nicht bloß Vermögensnachtheile kommen in Betracht, sondern auch die, welche die Person treffen, z. B. mühsame Arbeit und Beunruhigung.

5) Die Läsion muß durch das Recht selbst geschehen sein. Daher ist ein zufälliger Schaden, z. B. der Antritt einer Erbschaft, die sich durch unvorherzusehende Ereignisse mindert (anders bei unsichern Capitalien), ausgeschlossen; ebenso aber eigene Verschuldung, also tadelnswerther Mangel an Aufmerksamkeit. Der Unterschied zwischen Großjährigen und Minderjährigen ist der, daß bei letzteren nicht jeder solche Mangel als Verschuldung aufgefaßt wird, vielmehr muß ihre Sorglosigkeit und ihr Leichtsinn Quelle der Läsion sein. (Auch hier ist das Recht die Ursache der Läsion, da es solchen Personen die Handlungsfähigkeit giebt.)

6) Die Läsion muß im Causalzusammenhang mit der iusta causa restitutionis stehen, sie muß durch Minderjährigkeit, Irrthum, Abwesenheit ꝛc. hervorgebracht sein.

Restitutionsgrund.

§. 102—104.

Folgende iustae causae werden namhaft gemacht, die unter den gehörigen Voraussetzungen einen Anspruch auf Restitution geben können.

1) Minor aetas.

Die Minderjährigen werden gegen jeden Nachtheil (soweit nicht eine besondere Beschränkung eintritt) restituirt, in den sie durch Leichtsinn und Unerfahrenheit gekommen sind, sowohl gegen Geschäfte, als gegen Versäumnisse; natürlich vorausgesetzt, daß das Geschäft nicht schon dem ordentlichen Recht nach ungültig ist, z. B. wenn ein Minderjähriger ohne Consens des Vormunds abgeschlossen hat, oder von seinem Gegner betrogen worden ist. Die Versäumnisse anlangend ist die Restitution bei der Klagverjährung weggefallen durch die Vorschrift, daß den Minderjährigen die Zeit nicht laufen soll, wenn es sich um eine Verjährung unter 30 Jahren handelt; gegen die actiones perpetuae aber ist die Verjährung überall ausgeschlossen (s. §. 107).

Jene Eigenschaften müssen die Veranlassung der Läsion sein. Daher tritt, wenn ein Minor sein Geschäft so geschlossen hat, wie es nur immer ein Erfahrener hätte thun können, keine Restitution ein. Die Beiziehung des Vormunds schließt an sich die Restitution nicht aus, wohl aber, wenn sie jenes Resultat hatte. Dies ist eine nothwendige Beschränkung, weil sonst kein Geschäft mit Minderjährigen möglich wäre. Die besonderen Entscheidungen in den Note i. des Lehrbuchs angeführten Stellen hat man öfters als besondere Ausnahmen angesehen, sie sind dies aber keineswegs.

Diejenigen Fälle, wo die Restitution aus andern Gründen ausgeschlossen ist, theils weil die Minderjährigen sich ihrer unwürdig gemacht haben, theils wo die gute Sitte es fordert, s. Lehrbuch §. 103 a. E.

2) Abwesenheit. Die Restitution wird nur gegeben für Unterlassungen und Versäumnisse, deren Ursache die Abwesenheit war. Der Prätor hat bestimmte Fälle genannt, und am Ende eine clausula generalis hinzugefügt, die zunächst auch auf die Fälle der Abwesenheit sich bezieht, doch auch eine weitere Ausdehnung hat. Das Resultat ist folgendes: Ein Restitutionsgrund gegen Versäumnisse ist a) die eigene Abwesenheit des Lädirten, α) eine unwillkührliche und nothwendige: im Staatsdienst oder Gemeindedienst (dies gilt ebenso von den Frauen der Abwesenden, und von diesen auch, wenn sie nur soeben zurückgekehrt sind), Citation vor die Obrigkeit, Kriegsgefangenschaft, Gefängniß, Zwang, gerechter Furcht, überhaupt jede unfreiwillige Abwesenheit, die jene Folge hatte. Zu diesen unfreiwilligen gehören auch die fingirten, der Wahnsinnigen, Kinder und juristischen Personen. β) Eine freiwillige, wenn sie ein löbliches Motiv hatte, z. B. studiorum causa, und wenn keine Nachlässigkeit in der Bestellung eines Procurators begangen ist. Auch bei der unfreiwilligen Abwesenheit kann eine solche Nachlässigkeit ein Hinderniß werden, insofern dann nicht eigentlich die Abwesenheit der Grund des Verlusts ist; indessen wird hier in dieser Rücksicht läßlicher geurtheilt. Hatte der Abwesende übrigens einen Procurator und kann an diesen seinen Regreß nehmen, so fällt die Restitution weg.

b) Abwesenheit des Gegners. Diese giebt Anspruch auf Restitution ohne Rücksicht auf das Motiv. Aber vorausgesetzt

wird, daß kein Procurator oder Defensor da ist, gegen den das Recht geltend gemacht werden kann. Ebenso werden andere Hindernisse in der Person des Gegners behandelt, z. B. wenn er sich verbirgt oder es sonst unmöglich ist, ihn zu belangen.

3) Hinderniß der Vornahme der versäumten Handlung in der Person des Richters (ausdrücklich von dem Prätor genannt), oder in andern äußern Umständen, z. B. Ueberschwemmung bei der Ausübung einer Servitut, gesetzliche Vorschrift, Krankheit rc., wenn die Umstände von der Art sind, daß die Festhaltung des gewöhnlichen Rechts der Gerechtigkeit widersprechen würde. Diese Fälle gehören ebenfalls zur clausula generalis.

4) Irrthum, vorausgesetzt seine Entschuldbarkeit, s. §. 57. Der Irrthum ist aber ein beschränkter Restitutionsgrund a) gegen Versäumnisse ex clausula generali, gegen die er nur in Betracht kommt, wenn eine sehr dringende Aufforderung zur Hülfe in den Umständen liegt, wie bei der Klagverjährung über 1 Jahr[1]). b) Noch mehr beschränkt ist er als Restitutionsgrund gegen Geschäfte. Hier hat er die Eigenschaft bei einem Geschäft, welches falso tutore auctore mit einem Pupillen abgeschlossen ist, für Erbschaftsgläubiger, die zu ihrem Nachtheil auf Separation angetragen haben, und für einen Kläger, der mit einem gegründeten Anspruch wegen falscher Begründung abgewiesen und dnrch die exceptio rei iud. ausgeschlossen ist[2]).

Noch eine Bemerkung ist über die clausula generalis hinzuzufügen. Zuweilen ist ein arger Mißbrauch damit getrieben worden. Die neuern gründlichern Untersuchungen dieses Punktes haben darauf geführt, daß das römische Recht die clausula generalis nur bei Versäumnissen anwendet.

Indessen lassen sich Fälle denken, wo eine Ausdehnung Bedürfniß wird, und diese ist (abgesehen von jenem Schlendrian) von der Praxis garantirt. Namentlich ist der folgende Fall hervorzuheben: wenn jemand unter dem Einflusse äußerer auf ihn ausgeübter Auctorität (ohne Zwang) ein nachtheiliges Geschäft geschlossen hat, und derselbe eine Person von schwachem Verstand und Geist und natürlichem Mangel an Bildung war. Kommen

1) L. 15. §. 5. D. quod vi (43, 24).
2) Dig. XXVII. 6. quod falso tutore auctore gestum esse dicetur. L. 11. §. 17. D. de separ. (42, 6.) L. 11. pr. D. de exc. rei iud. (44, 2.)

alle diese Umstände zusammen, so wird die Restitution statthaft sein.

Dolus und metus sind schon im neusten Recht als Restitutionsgründe sehr beschränkt, da in den meisten Fällen ordentliche Rechtsmittel gegeben werden. Nach heutigem Recht ist dies überall der Fall (§. 102. Note c), actio und exceptio doli, metus sind daher nicht mehr als Restitution zu behandeln. Beim Dolus lag für das römische Recht eine Veranlassung zur Anwendung der Restitution in der Eigenschaft der actio doli als famosa actio. Aus Schonung ward verordnet, daß wo durch Restitution geholfen werden konnte, jene wegfallen sollte. Für das heutige Recht hat dies keinen Sinn mehr, es besteht also auch kein Hinderniß, die restitutio ob dolum für gänzlich weggefallen zu erklären.

Restitutionsgesuch.

§. 103.

Competent für die Restitution ist der Richter, welcher für das zu restituirende Rechtsmittel competent ist. Man unterscheidet iudicium rescindens, die Verhandlung und Entscheidung über die zu ertheilende Restitution, und iudicium rescissorium Verhandlung über das restituirte Rechtsmittel, Proceß, der eine Folge der ertheilten Restitution ist. Die Regel ist hiernach so zu geben: der für das iudicium rescissorium competente Richter ist auch competent für das iudicium rescindens. Daher können beide Verhandlungen mit einander verbunden werden, und werden es auch gewöhnlich.

Es entsteht die Frage: ist zum Anfang der Restitutionsverjährung Kenntniß des Restitutionsberechtigten von der Läsion erforderlich? Sie ist bejaht worden wegen einer Stelle des Coder: „ex quo annus utilis currebat[1].“ Aber das utile tempus hat auf die Bestimmung des Anfangs keinen Einfluß (s. oben). Auch bei dem annus utilis ist kein Wissen erforderlich. Die entgegengesetzte Meinung ist nicht bloß nicht begründet, sondern in sich

---

1) L. 7. C. de temp. in integr. rest. (2, 53): Supervacuam differentiam utilis anni in integrum restitutionis a nostra republica separantes, sancimus, et in antiqua Roma, et in hac alma urbe, et in Italia, et in aliis provinciis quadriennium continuum tantummodo numerari ex die, ex quo annus utilis currebat, et id tempus totius loci esse commune.

unmöglich. Gegen die Restitutionsverjährung giebt es keine Restitution[2]) (dies ist natürlich, weil sonst kein Ende abzusehen wäre; also auch nicht wegen Unkenntniß und Irrthums, denn da nun nicht einmal Restitution gefordert werden kann, so tritt sie noch viel weniger ipso iure ein.

Bei der Untersuchung der Restitutionsfrage müssen beide Theile gehört werden (nur ausnahmsweise kann brevi manu verfahren werden bei manchen processualischen Versäumnissen, nie bei den civilrechtlichen Fällen). Dem Suchenden liegt der Beweis 1) der Läsion, 2) der iusta causa ob.

Der zur Restitution Berechtigte ist der, welcher den Nachtheil erlitten hat und für dessen Person die iusta causa eintritt. Daher ist z. B. keine Restitution möglich gegen die Handlung eines Minderjährigen, wenn nicht dieser zugleich der Betheiligte ist, sondern vielmehr ein Anderer durch ihn, z. B. der, dessen Procurator er war. Ein Anderes ist es, wenn er diesem dafür haftet, z. B. als negotiorum gestor.

Kann man die Restitution haben aus der Person eines Andern? Unbestritten hat sie der Universalsuccessor, z. B. der Erbe eines Minderjährigen gegen den Nachtheil, den dieser erlitten, und wegen dessen er hätte Restitution suchen können. Dieser schon entstandene Anspruch geht auf die Erben über. Darauf beschränkt sich aber dieser Uebergang, und beim Singularsuccessor findet er nicht Statt. Streitig ist, ob der Bürge die Restitution aus der Person des Hauptschuldners hat? Dies ist zu verneinen. L. 7. §. 1. D. de except.[3]), welche man für die entgegengesetzte Meinung angeführt hat, enthält gerade das, was wir behaupten: deceptus in re bezeichnet eben die Restitution, der Minor kann sich nur durch sein auxilium extraordinarium befreien, der Bürge hat keine exceptio. Eine andere Frage ist, ob nicht der Bürge, wenigstens unter gewissen Umständen, Restitution fordern kann, weil der minderjährige Hauptschuldner restituirt ist. Ob nicht doch unter gewissen Umständen ausnahmsweise eine

---

2) §. 20. D. de minor. (4, 4.)

3) L. 7. §. 1. D. de except. (44, 1): Rei autem cohaerentes exceptiones etiam fideiussoribus competunt — — idem dicitur et si pro filiofamilias contra S. C. quis fideiusserit aut pro minore XXV. annis circumscripto. Quod si deceptus sit in re, tunc nec ipse ante habet auxilium quam restitutus fuerit, nec fideiussori danda est exceptio.

Restitution des Bürgen stattfinden kann, wenn der Minor restituirt ist (also nicht ex persona minoris), darüber s. noch die Lehre von der Bürgschaft, §. 405. Note g.

Wirkung der Restitution.

§. 106.

Zwei Fragen sind hier zu beantworten: welches ist der Erfolg? und gegen wen wirkt die Restitution?

Zur ersten ist Folgendes zu bemerken: Der Erfolg der Restitution ist Wiederherstellung des rechtlichen Zustandes vor der Veranlassung derselben. Der Restituirte, welcher ein Recht verloren hat, erhält es wieder, wie es vor der Läsion war, aber auch nur so. Bei Restitution einer Klage erhält er diese mit der ihr damals bevorstehenden Verjährung. Im Fall einer Versäumniß wird nur die Zeit restituirt, welche durch die iusta causa verloren ging. So bei der Restitution gegen eine vollendete Usucapion oder Klagverjährung. Die Zeit seit Hebung des Hindernisses wird dem Restituirten angerechnet, es ist daher möglich, daß keine Zeit mehr übrig, also sofortige Klaganstellung nach der Restitution nothwendig ist. Diese wird vorgesehen, wenn die Anstellung gleich mit dem Restitutionsgesuch verbunden wird.

Auch der Gegner wird restituirt, nur daß in einem Conflict seiner Wiederherstellung mit der des Restituirten die erstere weicht. Bereichert soll der Restituirte auf Kosten des Gegners auf keine Weise werden.

Was die zweite Frage anbetrifft, gegen wen die Restitution wirkt, so stellt man gewöhnlich das Princip auf: die Restitution sei in der Regel in personam, d. h. gegen den, welcher unmittelbar durch die Läsion gewonnen habe, nur ausnahmsweise in rem. Mit diesem Princip lassen sich die Fälle gar nicht entscheiden, sondern es paßt nur auf einen ganz kleinen Kreis derselben.

Der rechte Grundsatz ist vielmehr dieser: der Gegner, gegen welchen die Restitution gesucht wird und wirkt, bestimmt sich durch das zu restituirende Recht.

1) Wird eine Klage restituirt, so ist der Restitutionsgegner dieselbe Person, welche mit der Klage zu belangen sein wird (das iudicium rescindens geht gegen den, gegen welchen das iudicium rescissorium gehen wird). Bei einer dinglichen Klage, z. B. Re-

stitution gegen eine Usucapion, gegen jeden Besitzer der Sache, bei einer persönlichen Klage gegen den Schuldner.

2) Dasselbe Princip gilt von Einreden.

3) Wird Rescission einer Klage verlangt, so ist der Gegner der Klagberechtigte, z. B. beim Erbschaftsantritt; ebenso überhaupt, wenn gegen einen obligatorischen Umstand, z. B. Vertrag oder Sentenz, restituirt wird.

Wenn es nun hier bei der bloßen Verpflichtung geblieben ist, so bedarf es keiner weitern Entscheidung. Ist dagegen schon etwas geleistet, so geht die Restitution dem Princip nach gegen dieselbe Person, also gegen den Empfänger. Nun kann es aber sein, daß damit dem zu Restituirenden nicht geholfen ist, z. B. wegen Insolvenz des Empfängers, oder es liegt jenem daran, die von diesem wieder veräußerte Sache in specie wieder zu erhalten. Hier wird dann, soweit es nöthig ist, um der Restitution wirklich Effect zu verschaffen, die Restitution in rem zugegeben, d. h. es wird nicht bloß das obligatorische Geschäft, sondern auch die Leistung, also der Eigenthumsübergang rescindirt, also die dingliche Klage restituirt (dies hat man bei jener Regel im Auge, die eben darum ungenügend ist).

Beschränkung der Restitution[1].

§. 107.

Einer der wichtigsten ausgenommenen Fälle ist die 30- und mehrjährige Klagverjährung. Dies ist die herrschende Ansicht, welche jedoch von manchen Juristen angegriffen worden ist. Es wird hier bei der Entscheidung auf die Erklärung einer Stelle, der L. 3. C. de praescr. XXX ann.[2]), ankommen. Wenn es hier heißt, daß weder Geschlecht, Abwesenheit, Soldatenstand, noch auch das Alter dagegen schützen soll, mit Ausnahme des Alters der Impubertät, so hat man gesagt: dies beziehe sich nicht auf die Restitution, sondern auf die Frage, ob die Zeit als tempus continuum oder utile gerechnet werden solle. Das erstere soll damit ausge-

1) S. das Lehrbuch.

2) L. 3. C. de praescr. XXX ann. (7, 39): — non sexus fragilitate, non absentia, non militia contra hanc legem defendenda, sed pupillari aetate duntaxat, quamvis sub tutoris defensione consistat, huic eximenda sanctioni —.

sprochen sein. Diese Meinung ist jedoch entschieden unrichtig; sie würde voraussetzen, daß bei utile tempus jene Punkte zur Sprache kämen, dies geschieht aber nur bei Einem Fall, dem der Abwesenheit, nicht für Geschlecht, noch Alter.

Die Stelle muß von etwas sprechen, was allen jenen Punkten gemein ist, und dies ist nur die Restitution. Bei Alter und Abwesenheit (oder militia) ist es für sich klar, aber auch Restitution wegen Geschlecht ist ausgeschlossen, insofern die Frauen zuweilen wegen Irrthums restituirt werden, wo den Mannspersonen die Wiedereinsetzung versagt ist.

Damit stimmt denn auch der ganze Inhalt der Gesetze überein, indem wiederholt eingeschärft wird, daß der Beklagte durch Ablauf dieser langen Zeit schlechterdings und unumstößlich sicher sein soll. Ferner die Minderjährigen sind nur von der mindern Klagverjährung befreit; wenn die dreißigjährige Klagverjährung ein Gegenstand der Restitution wäre, wären die Minderjährigen gewiß nicht von dieser Restitution ausgeschlossen worden.

Drittes Buch.

Von der Anwendung der Rechtsvorschriften auf die Rechtsverhältnisse.

Richterliche Kenntniß des Rechts.

§. 109.

Es ist eine verschiedene Behandlung der Thatsachen und der Rechtssätze, von denen die Entscheidung abhängt, erforderlich. Jene müssen allegirt und bewiesen werden. Für diese gilt der Grundsatz iura novit curia. In Beziehung auf die Facta verhält sich der Richter empfangend, die Parteien gebend, umgekehrt in Beziehung auf die Rechtssätze: narra mihi factum, ego tibi narrabo ius. Das Richteramt besteht in der Anwendung des Rechts auf die ihm vorgelegten Thatsachen. Es hängt vom Willen der Parteien ab, den Fall gar nicht vor den Richter zu bringen, also auch, welchen Fall sie ihm zur Entscheidung vortragen. Das

richterliche Amt wird nicht beeinträchtigt, weder durch gänzliche, noch durch theilweise Entsagung auf Ansprüche, die der Partei gewisse Thatsachen geben. Das Recht hingegen selbstständig zu erkennen und anzuwenden ist Sache des richterlichen Amts; die Parteien können die Rechtssätze nicht bestimmen, ihre Anwendung kann daher nicht so von ihrer Thätigkeit abhängen, wie die der Facta.

1) Rechtssätze brauchen nicht allegirt zu werden. Dies gilt vollkommen vom gemeinen Recht, scriptum und non scriptum, vom promulgirten Recht des Landes, und aufgezeichnetem Gewohnheitsrecht des Gerichtsbezirks. Eine Modification tritt dagegen ein bei gewissen Rechtssätzen, deren Existenz der Richter nicht zu kennen verpflichtet ist: bei auswärtigem Recht, bei particulärem Gewohnheitsrecht des Inlandes mit Ausnahme des aufgezeichneten Gewohnheitsrechts seines Gerichtsbezirks. Aber es ist dies doch keine vollkommene Ausnahme, denn diese Rechtssätze werden nicht wie Thatsachen behandelt, die der Richter nicht beachten darf, wenn sie nicht allegirt sind. Hat der Richter zufällig Kenntniß jenes Rechts, so hat er die Allegation nicht abzuwarten, eben weil das anzuwendende Recht nicht in der Willkühr der Parteien steht.

2) Rechtssätze sind kein Gegenstand des Beweises. Der Richter hat sich ex officio die Kenntniß des Rechts zu verschaffen. Eine Modification erleidet dieser Grundsatz bei jenen Rechtssätzen, deren Kenntniß nicht von ihm gefordert werden kann. Hier kann er von den Parteien die Herbeischaffung der Erkenntnißmittel verlangen, so weit sie ihm nicht selbst offen stehen. So die auswärtigen Gesetze, Erkenntnißmittel des particulären Gewohnheitsrechts: Angabe der Fälle der Uebung, Benennung der zu vernehmenden Personen 2c. Immer aber ist dies keine Gleichstellung mit den Thatsachen. Der Richter darf nicht vergessen, daß er dabei selbstthätig ist, ex officio mit wirksam zu sein, sich nicht passiv zu verhalten hat.

Namentlich gelten von einer solchen Nachweisung des Rechts durch die Parteien niemals die processualischen Grundsätze von der Beweisführung, in Beziehung namentlich auf die Fristen, Stadium des Processes, die Beweismittel und die Form ihres Gebrauchs.

Man hat zwei Ausnahmen behauptet:

1) Bei der Publication der Gesetze[1]), dies sei ein Factum. Allerdings, aber nur in dem Sinn, wie das Gesetz überhaupt und jeder Rechtssatz eine Thatsache ist, nicht im processualischen Sinn. Es wäre auch gar nicht abzusehen, warum bloß die Publication, und nicht auch die Promulgation so betrachtet werden soll.

2) Beim Gewohnheitsrecht; eine lange herrschende Ansicht. Gewohnheitsrecht sei ein Factum, nicht mehr als anderes Recht. Diese Lehre hat ihren Ursprung in der Abneigung der älteren Romanisten gegen das einheimische deutsche Recht, das vorzugsweise als Gewohnheitsrecht existirte, und dem man durch diese seine Geltung außerordentlich erschwerende Ansicht praktisch entgegentrat. Die Bekämpfung dieser Ansicht in dem Note a des Lehrbuchs angeführten Werk[2]) hat der richtigen Behandlung auch in der Praxis Raum gemacht. Ein Richter, der irgend einen Rechtssatz wie eine processualische Thatsache behandelt, verkennt seinen Beruf, ja er würdigt ihn herab, indem er das, was von ihm erwartet wird, das Recht, von dem Zufall eines processualischen Beweises gleichgültig und theilnahmlos abhängen läßt.

Ausschließung der Anwendung durch Privatwillen.

§. 110.

Eintheilung in ius dispositivum und ius cogens. Jenes bestimmt die Fälle seiner Anwendung so, daß der Privatwille ein Verhältniß seiner Anwendung entziehen kann, z. B. Voraussetzung, daß das Subject intestatus verstorben, daß nichts unter den Contrahenten bestimmt verabredet worden ꝛc. Dieses setzt die Fälle seiner Anwendung absolut fest, es verbietet jede Abweichung und Ausschließung der Anwendung durch Privatwillen, z. B. Form der Testamente. Man hat damit vermischt die Ausschließung und Modification durch eine Rechtsquelle, z. B. den Fall, wenn gemeines Gesetz particuläre Rechte ausschließt. Dies ist jedoch durchaus keine wesentliche Eigenschaft des ius cogens und kann auch bei dem ius dispositivum eintreten (dieser Irrthum ist durch Vermengung des Gewohnheitsrechts mit Privatwillen entstanden).

---

1) Vgl. Thibaut System des Pand.-R. §. 25.
2) Puchta, das Gewohnheitsrecht.

Die Eintheilung bezieht sich nur auf die Möglichkeit der Ausschließung der Anwendung durch Privatwillen. Etwas anderes ist die Aufhebung. In dieser Beziehung wird sie nicht wirksam. Das Eine ist nicht leichter derselben unterworfen, als das Andere.

Anwendung neuer Gesetze.

§. 111.

Ein Rechtssatz hat keine Kraft vor seiner Entstehung, er kann nur auf solche Fälle angewendet werden, die zur Zeit seiner Entstehung noch nicht existirten, auf facta futura, nicht facta praeterita. Dieser Grundsatz kommt besonders zur Anwendung bei gesetzlichem Recht, das eine bestimmte Entstehungszeit hat.

Die Wirksamkeit eines Gesetzes datirt sich 1) regelmäßig von der Publication, dem letzten zur Entstehung des gesetzlichen Rechts nothwendigen Akt, 2) von einem spätern Termine, wenn von dem Gesetzgeber eine vacatio legis gegeben ist, 3) von einem früheren Zeitpunkt, wenn der Gesetzgeber verfügt hat: es solle so angewendet werden, wie wenn es schon zu einer bestimmten frühern Zeit gegeben worden wäre. Diese Zurückbeziehung ist stillschweigend darin enthalten, daß das Gesetz als authentische Interpretation eines früheren, als declaratorisches, gegeben ist. Auszunehmen sind jedoch von der Zurückbeziehung durch Urtheil oder Vergleich entschiedene und die in der Appellationsinstanz schwebenden Sachen [1]). In letzterem Bezuge wollen Manche für declaratorische Gesetze eine Ausnahme machen. Aber die stillschweigende Zurückbeziehung kann keine größere Kraft haben als die ausdrückliche, und eine authentische Interpretation ist so gut ein neues Gesetz als ein anderes.

Die Frage der Anwendbarkeit auf einen gewissen Fall, auf ein Rechtsverhältniß, welches beurtheilt werden soll, hängt davon ab, in welchem Zeitverhältniß derselbe zu dem Zeitpunkt der Wirksamkeit des Gesetzes steht. Der Fall muß nach diesem Zeitpunkt eingetreten sein, gleichviel ob der letztere die Publication, oder ein früherer oder späterer ist. Aber die Anwendung kann zweifelhaft sein, weil das Zeitverhältniß des Falls zweifelhaft ist. Woran

1) Nov. 19. pr. Nov. 143. Nov. 115. c. 1.

erkennen wir nun das Alter des Rechtsverhältnisses, also die Eigenschaft des factum praeteritum oder futurum?

Drei Fälle sind zu unterscheiden:

1) Die Thatsache ist eine momentane, beschränkt sich auf einen Zeitpunkt. Hier kommt es darauf an, ob dieselbe vor oder nach demjenigen fällt, mit dem die Wirkung des Gesetzes beginnt. Sie ist zu beurtheilen nach dem Recht, das in jenem Moment das geltende war. Eine solche Thatsache ist die Abschließung und Errichtung eines Geschäfts. Alle rechtlichen Voraussetzungen, die den Act selbst betreffen, sind nach dem damaligen Recht, nicht nach dem spätern zu beurtheilen, wenn sie gleich erst später in Frage kommen.

2) Die Thatsache vertheilt sich auf einen Zeitraum. Hier ist sie erst mit dem Ablauf vollendet, wenn daher der Anfang der Wirkung des neuen Gesetzes in diesen Zeitraum fällt, so ist sie kein factum praeteritum, sondern futurum. Solche Fälle sind die Usucapion, die Klagverjährung, die Ehe, insofern es sich um Wirkungen ihrer ganzen Dauer, nicht um solche ihrer Eingehung handelt. So ist z. B. die Frage der Gültigkeit nach dem Anfang der Ehe zu beurtheilen (vergl. die unter 1 angegebene Regel), während rechtliche Wirkungen nach dem Tod eines Ehegatten sich nach dem zweiten Gesichtspunkte bestimmen. So ist ferner der Inhalt eines Testaments, die Thatsache, welche die Quelle des Erbrechts ist, nicht die Errichtung des Testaments allein, sondern der Tod des Testators muß hinzukommen. Ein vorher entstandenes Gesetz kann daher diese Wirkung verändern. — Die Anwendung des neuen Gesetzes hat eine Schranke in einem andern Princip, das bei der Entscheidung eine Stimme hat. Iura quaesita sind stets facta praeterita, die durch Anwendung des Gesetzes nicht geschmälert werden dürfen. Daher schadet eine kürzere Verjährungsfrist dem Kläger nicht (wenn der Gesetzgeber nicht selbst etwas Anderes verordnet hat), denn er hat eine Klage mit dieser Dauer erworben (außerdem wäre das widersinnige Resultat möglich, daß die Klage im Moment des Gesetzes schon verjährt wäre). Aber nur dies ist die Schranke, wo sie nicht im Weg steht, findet das Gesetz Anwendung, z. B. bei einer kürzern Usucapionszeit zum Nachtheil des Eigenthümers. Dies kann Inconvenienzen haben, und der Gesetzgeber wird wohlthun sie vorzusehen. Dagegen der Richter kann nur etwa durch in integrum restitutio

helfen, wenn sonst der Fall dazu geeignet ist, z. B. bei einer kürzern Verjährungsfrist.

3) Das neue Gesetz fällt zwischen die Thatsache und ihre rechtlichen Wirkungen, also die Thatsache für sich betrachtet ist factum praeteritum, die Wirkungen für sich sind facta futura. Hier hängt die Entscheidung davon ab, ob diese selbstständige Betrachtung möglich ist.

a) Hängen die Wirkungen nur mittelbar mit jener Thatsache zusammen, ihr unmittelbarer Entstehungsgrund ist ein anderer, späterer, so fallen sie unter die Herrschaft des Gesetzes, z. B. Veränderung im gerichtlichen Verfahren, Veränderung der Stelle im Concurs. Hier kann man nicht sagen, daß damit auch das factum praeteritum jener ersten Thatsache unter das Gesetz gezogen ist.

b) Sind sie unzertrennlich mit jener Thatsache verbunden, so daß ihre Beurtheilung nach dem neuen Gesetz zugleich die letztere betreffen würde, so nehmen sie selbst die Eigenschaft der Vergangenheit an, die Anwendung des neuen Gesetzes fällt also weg, z. B. eine später verbotene Schenkung ist in mehreren Terminen zu leisten; die Stipulation ist Eine. Eine Probe wird es sein, daß hier auch immer durch die Anwendung iura quaesita verletzt werden würden [2]).

Wir finden einige Entscheidungen in unserem geschriebenen Recht angeführt, die keinen Anspruch haben, maßgebend zu sein und als Regel zu gelten. Zunächst für Zinscontracte [3]). Um kein ius quaesitum zu verletzen, müßten dem Gläubiger jedenfalls höhere Zinsen gestattet werden bis zur Rückzahlung, wenn er sich nicht selbst dabei beruhigt (wie bei Herabsetzung der Zinsen einer Staatsschuld). — Dann für ein Dotalgesetz [4]): die Entscheidung ist hier innerlich begründet in Beziehung auf die Rechte, welche durch die Bestellung schon wirklich entstanden sind, also nicht verändert werden können, nicht in Beziehung auf das gesammte Do-

---

2) Nach dem preußischen Landrecht hängt der Anspruch des Cessionars gegen den Cedenten auf Gewährleistung davon ab, daß jener nach Ablauf der Verfallszeit die Schuld sofort beigetrieben hat. Der Code Napoleon macht diese Bedingung nicht. — In einem Fall, wo die Cession unter der Herrschaft des Code geschehen war, hat der dritte Senat des Ober-Tribunals zu Berlin 11/5 1844 das Landrecht fälschlich angewendet, weil es sich nur um die Ausübung (?) handle.

3) L. 27. C. de usur. (4, 32.)

4) L. un. in. f. C. de rei ux. act. (5, 13.)

talrecht, da dies zum Theil Wirkungen festsetzt, die erst die Ehe in ihrer ganzen Dauer hat. Endlich für den Inhalt des Testaments[5]); dieses ist gegen die Natur der Sache, da der letztere keine bei der Errichtung des Testaments schon vollendete Thatsache ist.

Personen, auf welche das Recht anzuwenden ist.

§. 112.

Die Anwendung des Rechts auf eine Person bestimmt sich

1) durch das Territorium, auf dem das Recht gilt und das Verhältniß der Person dazu. Dies enthält zwei Regeln, a) die Anwendung des Rechts ist auf ein Territorium beschränkt (dieser Bezirk ist für das gemeine Recht Deutschland überhaupt, für das Landesrecht das Land, für die weitern Particularrechte Provinz, Gegend, Ort ꝛc. b) Das Recht ergreift alle Personen, welche auf dem Territorium in Rechtsverhältnissen stehen, und zwar ist nicht einmal das Domicil nöthig, sondern auch der bloße Aufenthalt hinreichend (es sind also Einheimische und Fremde dem Recht unterworfen). Jenes Princip heißt das der Territorialität, und ist das jetzt geltende. Im Mittelalter war die Geltung des Rechts nicht eine territoriale, sondern eine persönliche. Die Mitgliedschaft im Staat, oder bei particulären Rechten, die Abstammung, die Mitgliedschaft in dem Volksstamm, unterwarf auch dem Privatrechte, ohne Rücksicht auf den Aufenthalt.

2) Ausnahmsweise bestimmt sich die Anwendbarkeit mancher Rechtssätze durch persönliche Qualitäten, wonach die Person einem gewissen Kreis von Personen angehört, für den das Recht allein bestimmt ist: ius speciale, z. B. Adel, Frauenspersonen, Kaufleute.

3) Das Privatrecht, soweit es nicht ius speciale ist, ist auf alle Privatpersonen als solche anwendbar. Dahin gehört auch der Regent, insofern er in Privatverhältnissen steht, Eigenthum hat, Obligationen ꝛc. So ist denn auch in mehreren Stellen des justinianischen Rechts entschieden. Damit scheint im Widerspruch L. 31. D. de leg.[1]) zu stehen. Der Jurist hat dabei im Auge die Dispensation von gewissen Gesetzen, welche dem Princeps durch

---

5) Nov. 66. C. 1. §. 4. 5.

1) L. 13. D. de legib. (1, 3): Princeps legibus solutus est, Augusta autem licet legibus soluta non est, principes tamen eadem illi privilegia tribuunt, quae ipsi habent.

die lex de imperio ertheilt wird, z. B. von der lex iulia et papia; s. die Inscription der Stelle. Im justinianischen Recht ist sie natürlich nicht mehr auf das specielle Gesetz, aber auf andere privatrechtliche Pönalgesetze ähnlicher Art zu beziehen. Die Compilatoren hatten wahrscheinlich überdies noch die Absicht, damit die andern Entscheidungen zu contrastiren und diese als einen ganz besonders verdienstvollen Gerechtigkeitsact darzustellen.

Anwendung der Rechte verschiedener Territorien.

§. 113.

Das Princip der Territorialität kann vielfach einen Conflict zwischen den Rechten mehrerer Territorien veranlassen. Folgende Grundsätze können collidiren, 1) daß ein Recht innerhalb seines Bezirks, nicht außerhalb gilt; 2) daß diejenigen, welche in einem dauernden oder vorübergehenden Verhältniß zu diesem Bezirk stehen, nach dem Recht dieses Bezirks beurtheilt werden. Es kann sein, daß 1) und 2) in der Anwendung einander ausschließen. Eine Person kann a) in einem Bezirk zu Recht stehen, also darum nach dem Recht des Gerichtsorts zu beurtheilen sein, dies trifft mit dem Grundsatz 1) zusammen. Aber sie kann ferner b) ihr Domicil in einem andern Lande haben, hier ist schon eine Collision, wenn die Rechte verschieden sind; c) in einem dritten Lande sich aufhalten, hier ist eine Collision mit jenen beiden Rechten möglich; d) in einem vierten Grundbesitz; e) in einem fünften den Contract geschlossen haben, aus dem sie klagt. Es ist also eine Collision von fünf Rechten denkbar: Recht des Gerichtsorts, des Domicils, des Aufenthalts, des Grundstücks, des Geschäftsorts. Die sonst gewöhnliche Theorie, welche man wegen der durch sie veranlaßten technischen Ausdrücke kennen muß, s. Note b des Lehrbuchs. Sie ist theils unzuverlässig wegen Ungewißheit der zu Grunde gelegten Begriffe, theils unvollständig. — Wächter[1]) nimmt als Princip den wahrscheinlichen Willen des Gesetzgebers an; eine Ansicht, die ebenfalls nicht auf eine sichere Entscheidung führt.

Ein gemeinsamer Fehler aller bisherigen Theorien ist, daß

---

1) Archiv für civ. Praxis XXIV. S. 230—311. XXV. S. 1—60. 161—200. 361—419.

zwei Fälle: Rechte desselben Staats und verschiedener Staaten nicht unterschieden worden sind.

Als oberster Grundsatz muß der oben sub 1 gegebene gelten, er ist der unmittelbare Ausdruck des Princips der territorialen Gültigkeit. Aus ihm folgt die Regel, daß jedes Gericht das Recht seines Bezirks anzuwenden hat. Diese findet ihre reine Anwendung als solche gegenüber dem Recht eines andern Staats. Also: der Richter hat bei der Entscheidung der vor ihn gebrachten Rechtsstreite das Recht seines Staates, nicht das anderer Staaten in Anwendung zu bringen, ohne Rücksicht auf die Person der Parteien. Es giebt jedoch zwei Ausnahmen:

1) Wenn ein Fremder nach dem Recht seines Staates ein Recht schon erworben hat, noch ehe durch seinen Aufenthalt in dem diesseitigen das Recht des letzteren auf ihn anwendbar wurde, so muß dasselbe als ein fait accompli anerkannt werden. Das Gegentheil würde zur Folge haben, daß er vor jenem Moment rechtlos war, was nach den heutigen Zuständen absurd wäre, z. B. er war nach dem Recht seines Staates Eigenthümer einer Sache geworden, in dem unsrigen ist ihm der Besitz entgangen, er vindicirt sie; hier hat er nachzuweisen, daß er nach dem Recht seines Staates das Eigenthum erworben hat. Dies setzt aber voraus, daß das diesseitige Recht eine solche rechtliche Macht, wie er sie geltend macht, überhaupt anerkennt, außerdem darf der Richter seine Klage nicht annehmen. Wenn z. B. ein Plantagenbesitzer von den französischen oder spanischen Colonien oder ein Nordamerikaner mit einem Negersclaven nach Deutschland käme, so würde der deutsche Richter sein Eigenthum an dem Sclaven nicht schützen können.

2) Die Form eines Rechtsgeschäfts ist als gültig zu betrachten, wenn sie dem Recht des Orts seiner Errichtung gemäß ist, gleichviel ob der Handelnde dort einheimisch oder nicht, locus regit actum. Aber auch nur die Form. Hier entsteht die Frage, wie es zu halten sei, wenn das Geschäft nach jenem Recht ungültig, nach dem diesseitigen förmlich ist? Es ist hier ebenfalls gültig, denn es ist keine Nothwendigkeit die Rechtsgeschäfte nach dem Recht des Orts zu errichten, so daß es ein Vergehen gegen die Gesetze wäre, die Form nicht zu beobachten. Es ist dies eine positive Ausnahme, die nicht in einer innern Nothwendigkeit gegründet ist, wie jene erste. Also wo es nicht die billige Auf-

rechthaltung des Geschäfts fordert, ist auf die Regel zu recurriren.

Wenn es sich dagegen um verschiedene particuläre Rechte desselben Staates handelt, so läßt sich jenes Princip, daß der Richter, der Regel nach, das Recht seines Gerichtsbezirks anzuwenden habe, nicht festhalten. Denn daß mehrere Gerichte sind, nicht bloß Eines für den ganzen Staat, ist lediglich eine Maßregel der Justizverwaltung, die nicht mit der Verschiedenheit der Rechte zusammenhängt (etwas anderes ist das Bestehen von Spezialgerichten für gewisse Rechtstheile, z. B. Lehenssachen, Handelsrecht). Jenes zeigt sich darin, daß die verschiedenen Gerichte in Ein höchstes zusammenlaufen, zu dem sie Stufen sind.

Hier ist also ein anderes Princip nöthig. Dieses muß in dem obigen Grundsatz 2) gesucht werden, in den Gründen der Unterwerfung der Personen unter ein Recht. Solcher sind vier: Domicil, Aufenthalt, Grundbesitz und Geschäfte. Unter ihnen muß der erste als der stärkste erkannt werden; er unterwirft dem Recht am vollständigsten und umfassendsten. Er muß daher die Regel bilden.

Die Regel also ist: die Rechtsverhältnisse einer Person werden nach dem Recht ihres Domicils beurtheilt. Nun können mehrere Domicile concurriren, 1) gleichzeitig. Rechtsverhältnisse unter Personen verschiedenen Domicils, sofern eine Trennung nicht möglich ist, also sofern es sich um einen Punkt handelt, der nicht bei der einen Person anders als bei der andern entschieden werden kann, sind nach dem Recht des Domicils des Verpflichteten zu beurtheilen, bei Successionen nach dem des Auctors. Concurriren mehrere Domicile bei derselben Person, so wird das Recht desjenigen Domicils angewendet, mit dem das zu beurtheilende Rechtsverhältniß zusammenhängt (auf das es sich als seinen örtlichen Mittelpunkt bezieht).

2) Successiv. Durch Veränderung des Domicils: z. B. Rechte der Ehegatten; ferner der nach seinem bisherigen Domicil großjährig Gewordene, zieht in eine Provinz, wo ein höheres Alter erforderlich ist oder umgekehrt. Dieser Fall ist gerade so zu entscheiden, wie bei dem Conflict des Rechts in Beziehung auf die Zeit. Schon erworbene Rechte werden nicht verändert, wohl aber tritt das Recht des neuen Domicils in Wirksamkeit, wenn die begründende Thatsache zwar angefangen, aber noch

nicht vollendet ist. Z. B. Erbrecht der Ehegatten. Ferner ein schon entstandenes Dotalrecht, oder Gütergemeinschaft wird nicht verändert. (Dies ist allerdings ein bestrittener Punkt, aber im Grunde nur, weil man für die Aufrechthaltung außer dem Fall eines besondern Contracts keine haltbaren Gründe zu finden wußte).

Ausnahmen von dem Princip des Domicils sind folgende:

1) bei Rechten an Grundstücken entscheidet das Recht des Orts, wo sie liegen (statuta realia);

2) Bei der Beurtheilung des Geschäftsacts das Recht des Geschäftsorts, locus regit actum. Dies gilt entschieden und durchgängig in Beziehung auf die Form. Für den Inhalt nur insofern er eine örtliche Beziehung hat, was anzunehmen ist, wenn die Verbindlichkeit auch dort erfüllt werden sollte.

Viertes Buch.

Die Rechte an der eigenen Person.

Erstes Kapitel.

Das Recht der Persönlichkeit.

Entstehung.

§. 114.

Persönlichkeit ist Rechtsfähigkeit, Möglichkeit von Rechten als Eigenschaft eines Subjects. Sie ist Bedingung jedes Rechts und äußert sich in der Erwerbung von Rechten an äußern Gegenständen (wer mich als Eigenthümer anerkennt, anerkennt mich als Person). Aber auch in dem Subject selbst; schon Person zu sein, ist ein Recht (Macht Person zu sein, Recht an der eigenen Person). Die Möglichkeit Rechte zu haben, ist selbst schon etwas wirkliches, eine Macht, noch ehe sie in andern Rechten sich actualisirt hat. Dies Recht der Persönlichkeit läßt sich nur dem Menschen

zuschreiben, um dessen willen die Rechte vorhanden sind. Die juristischen Personen sind nur Fictionen, um ein Subject für gewisse Rechte zu haben. Sie sind um der Rechte, nicht die Rechte um ihretwillen da. Wir können die juristische Person nicht ohne wirkliches Vermögen denken, sie hat keine davon unabhängige Existenz, daher kein selbstständiges Recht der Persönlichkeit. (Daher ist z. B. Ehre einer juristischen Person kein juristischer Begriff, es ist keine Injurie gegen sie denkbar, nur gegen ihre Repräsentanten.)

Die Menschen sind Personen. Das Recht der Persönlichkeit entsteht mit dem menschlichen Individuum. Daher ist erforderlich:

1) Geburt. Die Persönlichkeit beginnt erst mit der gewissen und selbstständigen Existenz des Individuums. Der in utero Befindliche ist Theil der Mutter. Nur wird in Fällen, wo es zu seinem Vortheil ist, die Geburt fingirt, wenn er nur schon concipirt, in rerum natura ist; doch stets nur unter der Bedingung der nachher wirklich eintretenden Geburt.

2) Geburt eines lebenden Wesens. Im Fall der Geburt eines todten Kindes war nie eine Person vorhanden.

3) Geburt eines lebensfähigen Wesens (Vitalität), d. h. die körperliche Ausbildung und Reife, daß ein Fortleben von der Mutter getrennt möglich ist, sei es auch aus einem andern Grund sofort gestorben.

Im Zweifel ist bei lebender Geburt die Vitalität anzunehmen und dem das Gegentheil Behauptenden liegt der Beweis ob. — Mat hat neuerdings dies Erforderniß bestritten; hierbei sind aber zwei Fragen nicht gehörig unterschieden worden. Manche frühere Juristen haben das Erforderniß auf Geburt im 7. Monat schlechthin gestellt, dies ist unrichtig. Aber damit fällt nicht jenes Erforderniß weg, das auf innerer Nothwendigkeit beruht. Ein unreifes Kind in jenem Fall der Unmöglichkeit des selbstständigen Daseins ist noch ein bloßer Embryo, noch keine eigentliche Geburt, sondern eine abnorme Absonderung. Sonst müßte auch der Abgang im 1. Monat Geburt sein. Es ist eine Fehlgeburt, Abortus, so gut wie die Todtgeburt [1]). Die Stelle L. 12. §. 1. D. de lib. et post. [2]) spricht nicht von der Vitalität, sondern von Verletzung bei der Geburt.

---

1) S. Note d des Lehrbuchs.

2) L. 12. §. 1. D. de lib. et post. (28,2): Quid tamen si non integrum

4) Geburt eines menschlichen Wesens, denn ein Monstrum ist keine Person. (Im römischen Recht ist die Vorschrift, daß auch dies als Geborenhaben in Anschlag kommt, keine Ausnahme von jenem Grundsatz.) — Man sagt gewöhnlich der Kopf müsse entscheiden, nach L. 44. de relig. Der Kopf sei die Hauptsache am menschlichen Körper, inde cognoscimur. — Civilrechtlich ist dies aber kaum je praktisch, denn wo ein wahres Monstrum ist, wird auch keine Vitalität vorhanden sein.

Aufhebung.

§. 115.

Die einzige Aufhebung des Rechts der Persönlichkeit nach gemeinem Recht ist der Tod. Der sogenannte bürgerliche Tod ist dem letztern unbekannt.

Der Tod eines Menschen muß von dem bewiesen werden, welcher Ansprüche darauf gründet. Es kann geschehen, daß durch kein Beweismittel weder Leben noch Tod constatirt werden kann. Dieser Zustand heißt Verschollenheit (die natürlich Abwesenheit voraussetzt, während aber nicht jede Abwesenheit auch Verschollenheit ist). Die Praxis hat für diesen Fall die gerichtliche Todeserklärung eingeführt, d. h. eine Präsumtion, welche aber durch ein gerichtliches Decret ausgesprochen werden muß.

Erfordernisse sind nach gemeinem Recht 1) Verschollenheit. Dies Erforderniß muß hergestellt werden durch Edictalcitation. 2) Die Ueberschreitung des Alters von 70, oder bei später eintretender Verschollenheit, von 80 Jahren oder, wenn auch dieses Jahr vor die Verschollenheit fällt, von fünf Jahren.

Es kann von Wichtigkeit sein, die Zeit des Todes zu bestimmen, eine Frage, welche controvers ist (s. die verschiedenen Meinungen Note b). Es kommt bei der Entscheidung darauf an, welche Bedeutung man dem Decret beilegt, constitutive oder declaratorische. Im ersten Fall wird die Zeit des Decrets als die Zeit des Todes angenommen. Aber diese höhere Wirkung sind wir nicht berechtigt ohne äußere Gründe anzunehmen, es bleibt also in dubio nur die geringere, declarative übrig. Hiernach muß entweder die Zeit der Verschollenheit oder des Alters ange-

---

animal editum sit, cum spiritu tamen, an adhuc testamentum rumpat? et hoc tamen rumpit.

nommen werden. Das erste ist aber nur Ein Erforderniß, und nur das vorbereitende. Die Präsumtion besteht darin, daß der Verschollene nicht älter geworden, nicht daß er bei der Verschollenheit gestorben ist, wenn dies auch in vielen Fällen das natürlich wahrscheinliche sein mag (z. B. ein Soldat ist während des Feldzugs nach Rußland marschirt und seit der Schlacht von N. hat man nichts von ihm gehört). Also ist die Zeit des Alters als Zeitpunkt des Todes anzunehmen.

Gewöhnlich giebt es jedoch particularrechtliche Bestimmungen, mit mehr oder weniger Abweichungen vom gemeinen Recht, die theils frühere Todeserklärung zulassen, theils die Wirkungen beschränken.

Der Tod kann gewiß sein, aber die Zeit ungewiß. Es können nun rechtliche Wirkungen davon abhängen, in welchem Zeitverhältnisse derselbe zu einem andern Ereigniß steht, namentlich zu dem Tod einer andern Person, dessen Zeit entweder gewiß oder auch ungewiß sein kann. Diese Frage ist z. B. möglich wegen des mütterlichen Erbrechts in Beziehung auf den Tod des Vaters und des Sohnes, bei donatio mortis causa, donatio inter virum et uxorem.

Die Regel ist, daß Keiner den andern überlebt hat, wer also auf den früheren Tod einer Person einen Anspruch gründet, zu dessen Begründung der Beweis dieses Umstandes gehört, hat diesen Anspruch nicht. Es wird daher alles von der Beweislast abhängen.

Bei einer Schenkung, die durch den Tod perfect wird oder convalescirt, wird, wenn sie schon vollzogen ist, der Erbe des Schenkers, welcher condicirt, den Beweis führen müssen, also die Schenkung bestehen bleiben. (Anders bei dem Schenkungsversprechen.)

Ist der frühere Tod einer von mehreren Personen zur Bedingung einer letztwilligen Disposition, eines Fideicommisses gemacht, z. B. si sine liberis decesserit heres, oder einer Pupillarsubstitution (dem der von zwei Unmündigen zuletzt versterben würde), und sie sind in derselben Gefahr umgekommen, so ist die Bedingung für erfüllt zu erachten (nach der Regel, daß wenn bei letztwilligen Geschäften ein Umstand in ambiguo bleibt, für die Erfüllung zu sprechen ist). Nur tritt dieses nicht ein, wenn der Anspruch mit dem Erbrecht der Mutter collidirt.

Außerdem giebt es auch eine Präsumtion, die den Beweis ersetzt. Wenn Eltern und Kinder in gemeinsamer Lebensgefahr umgekommen sind, so ist zu vermuthen, daß die unmündigen vor, die mündigen nach den Eltern gestorben sind. — Man hat diese Präsumtion oft ungebührlich ausdehnen wollen.

Minderung.

Status und Capitis Deminutio.

§. 116.

S. das Lehrbuch.

Stufen der Persönlichkeit nach heutigem Recht.

§. 117. 118.

Noch im heutigen Recht giebt es eine privatrechtliche Gewalt einer Person über eine andere, die einen beschränkenden Einfluß auf die Rechtsfähigkeit des Unterworfenen hat, die väterliche Gewalt. Daher der Unterschied zwischen pater familias und filius familias. Dadurch sind zwei Stufen des Rechts der Persönlichkeit entstanden, Recht der Persönlichkeit überhaupt und Recht der selbstständigen Persönlichkeit. Diese letztere fehlt dem filius familias; worin besteht seine Zurücksetzung?

1) Die Beschränkung ist eine privatrechtliche, sie wirkt zunächst auf das öffentliche Recht. So das römische Recht [1]), welches eben bloß die privatrechtliche Bedeutung jenes Familienverhältnisses zu Grunde legt. Allerdings aber hat die Familie auch eine öffentliche Beziehung, und dadurch ist es zu rechtfertigen, wenn das öffentliche Recht eines Staats der Beschränkung auch auf sich einen Einfluß giebt. Die Familie gehört zu den Grundlagen der Staatswohlfahrt, es ist gerecht, daß wer in der Familie noch nicht selbstständig ist, auch im öffentlichen Recht nicht dem selbstständigen Bürger gleichstehe.

2) Die Beschränkung hat ihren Grund in der vermögensrechtlichen Beziehung der väterlichen Gewalt. Daher erstreckt sie sich nicht auf die reinen Familienrechte: Ehe, elterliches Verhältniß, Verwandtschaft.

---

1) L. 9. D. de his qui sui vel alieni iuris sunt (1, 6). Vgl. Beilage IX.

3) Ihr Grund ist das Princip: der Vater erwirbt durch den Sohn, der Sohn ist eines selbstständigen Vermögens nicht fähig. Am einfachsten war die Fortsetzung des älteren Rechts, daß der Sohn schlechthin vermögensunfähig sei. Nach neuerm Recht ist der Filiusfamilias der Vermögensrechte fähig, aber unfähig, darüber zu disponiren, sie sind seiner selbstständigen Verfügung entzogen, durch das väterliche Recht der Verwaltung und des Nießbrauchs. Diese Beschränkung hat bewirkt, daß die Beschränkungen der Rechtsfähigkeit stehen geblieben sind, so weit sie auch als Folgen des neuen Princips aufgefaßt werden können, und dies ist fast bei allen der Fall.

Aus jenem Princip ergiebt sich, daß man nicht sagen kann, der Filiusfamilias ist des Vermögensrechts unfähig. Vielmehr verhält es sich umgekehrt, nur tritt die Fähigkeit außer Wirkung, soweit der Mangel eines selbstständigen Vermögens ihrer Aeußerung entgegensteht.

Das Einzelne ist folgendes:

1) Der Filiusfamilias hat an und für sich Testamentifactio, kann aber kein Testament machen.

2) Er kann sich verpflichten durch Verträge und Delicte, denn Schulden setzen kein actives Vermögen, noch weniger ein selbstständiges voraus. Besondere Ausnahmen von diesem Grundsatz sind a) S. C. macedonianum. Die Geschichte dieses Rechtssatzes ist wahrscheinlich folgende. Um jemanden zum Darlehnsschuldner zu machen, muß man auf ihn Eigenthum übertragen. Also waren eigentlich Filiifamilias ausgenommen. Dies schien eine lästige Beschränkung zu sein, man hob sie durch die Bemerkung, daß das Darlehn iuris gentium sei, die patria potestas aber iuris civilis. Später aber zeigten sich bedenkliche Folgen dieser Umgehung, denen das S. C. macedonianum abhelfen sollte. b) Die Pollicitation ist nicht wirksam ohne Zustimmung des Vaters. Die Verbindlichkeit aus der Pollicitation ist ein ganz singuläres Institut, das auch auf Filiifamilias auszudehnen grundlos und unbillig gewesen sein würde.

3) Der Filiusfamilias kann als Beklagter vor Gericht auftreten, daher belangt werden. Execution setzt freilich selbstständiges Vermögen voraus. Jedenfalls ist sie möglich nach Befreiung von der väterlichen Gewalt. Aus gewissen Gründen haftet der Vater (s. §. 277).

4) Er kann erwerben, nach altem Recht nur als Repräsentant des Vaters, nach neuerem Recht erwirbt er für sich (ausgenommen vom Vater), regelmäßig aber hat der Vater Genuß und Verwaltung.

5) Als Kläger kann er auftreten in der Eigenschaft eines Procurators. In gewissen Fällen, wo Gefahr eines Verlustes, oder weiterer Verletzung besteht, wird er, ohne Auftrag, als präsumtiver Procurator des Vaters in dessen Abwesenheit zugelassen. In eigenem Namen kann er nicht klagen, nach altem Recht, weil er kein actives Vermögen hat, Klagen aber Vermögensrechte voraussetzen, nach neuerem Recht, weil er nicht die Verwaltung hat, Klaganstellung aber ein Verwaltungsact ist.

Daraus ergiebt sich eine Ausnahme bei den Klagen, welche nicht zum Vermögen gerechnet werden, wie die Injurienklage und die ihr analogen, z. B. querela inofficiosi testamenti. Außerdem ist noch ausgenommen die Dotalklage einer Filiafamilias, wenn der Vater sie nicht anstellen kann oder will. Ferner die actio depositi und commodati, wenn der Filiusfamilias das Depositum ꝛc. gegeben hat (wenigstens da, wo kein Interesse des Vaters vorliegt. Diese hier sehr nahe liegende Möglichkeit des Mangels eines Interesses beim Vater ist der Grund der Ausnahme). — Die Römer gaben in solchen Fällen in factum actiones, weil sich dabei der Kläger nicht ausdrücklich ein Recht zuschrieb [2]). Im justinianischen Recht hatte diese Benennung nur einen Sinn, wenn damit gesagt sein sollte, daß der Filiusfamilias alle Klagen, die so genannt werden, anstellen könne. Dies ist nicht möglich, und darum ist sie für das neuere Recht ganz müßig.

Die Ausnahme der Popularklagen ist keine eigentliche, der Kläger tritt nicht in eigenem Namen, sondern als Repräsentant des Volks auf.

6) Mit dem Vater ist kein Rechtsgeschäft und kein Proceß möglich, §. 438. (wo zugleich von der Modification durch concessio peculii gehandelt ist).

7) Sofern ein Filiusfamilias ausnahmsweise selbstständiges Vermögen hat, gilt er wie ein Paterfamilias in dieser Be-

---

2) L. 13. D. de O. et A. (44, 7): In factum actiones etiam filiifamiliarum possunt exercere.

ziehung, es fallen also diese Beschränkungen weg. So bei bona castrensia vel quasi, theilweise bei den irregulären Adventicien (§. 435. 437.)[3]).

Ehrenminderung.

§. 119. 120.

Die Rechtsfähigkeit ist kein reines Recht, keine bloße Macht, worin die Willkühr liegt, sie zu gebrauchen oder nicht. Sie ist vielmehr zugleich eine Pflicht, sie zu bewahren und auf ihre Anerkennung zu bringen. Diese Pflicht hat der Mensch nicht als einzelner, sondern als Glied einer Rechtsgenossenschaft, deren allgemeiner Wille ihm das Recht der Persönlichkeit giebt, gleichsam anvertraut und der er für ihre Aufrechthaltung verantwortlich ist. Von dieser Seite heißt die Rechtsfähigkeit Ehre, existimatio: die Ehre als Bürger des Staats (allgemeine bürgerliche Ehre), die Ehre als Glied einer Corporation oder eines Standes (Standesehre). Die Erfüllung jener Pflicht schließt einen rechtlich unbescholtenen Lebenswandel ein (honeste vivere), sie giebt der Person die sittliche Achtung in den Augen ihrer Rechtsgenossen, die Schmälerung dieser Achtung durch einen der persönlichen Stellung unwürdigen Wandel schmälert die Ehre und damit die Rechtsfähigkeit.

Die Ehrenminderung ist Minderung der Rechtsfähigkeit, Verlust der Ehre, Verlust der Rechtsfähigkeit. Der letzte fällt für das gemeine Recht, für die bürgerliche Ehre hinweg, die Ehrenminderung dagegen ist ein Institut des gemeinen Rechts, theils aus dem römischen, theils aus dem einheimischen Recht.

Aus dem Obigen ergiebt sich, daß die Ehre ursprünglich dem öffentlichen Recht angehört, nicht dem Privatrecht. Denn die mit der Rechtsfähigkeit verbundene Pflicht, die sie zur Ehre macht, ist eine öffentliche, nicht eine private. Daher ist mit der privatrechtlichen Stufe der Rechtsfähigkeit, dem Recht der selbstständigen Persönlichkeit, keine Ehre verknüpft; es ist keine Pflicht, Paterfamilias zu bleiben. So war im römischen Recht die Ehre verbunden mit der politischen Civität, ius suffragii et honorum

Aber die Ehrenminderung hat auch privatrechtliche Wirkungen

3) Die Exegese der einschlagenden Stellen s. in Beilage IX.

erhalten. Dadurch ist also die Ehre ein Privatrechtsinstitut geworden. Dies hat die Folge gehabt, daß auch mit der privatrechtlichen Stellung eine Ehre verknüpft ist. Das Recht der Persönlichkeit giebt einen Anspruch auf achtende Gesinnung, soweit ein solcher als rechtlicher Anspruch aufgefaßt werden kann, d. h. die Aeußerung einer verächtlichen Gesinnung ist als Verletzung der Persönlichkeit aufzufassen. Daraus folgt sodann, daß eine verdiente Verachtung, eine Verächtlichkeit der Person selbst, den Inhalt des Rechts der Persönlichkeit schmälert, also die (Privat-)Rechtsfähigkeit verringert. Dies hat die Wirkungen, die im Lehrbuch §. 119 angegeben sind.

Im römischen Recht kommt eine doppelte Ehrenminderung vor: 1) die natürliche, welche die Folge einer verächtlichen Handlung oder Zustandes ist, wodurch sich jemand dem sittlichen Urtheil seiner Rechtsgenossen gemäß der Unbescholtenheit verlustig, der vollen Anerkennung seiner Persönlichkeit unwürdig macht. Nota, turpitudo. Levis nota, um einen geringeren Grad, nicht eine Ehrenminderung anderer Art zu bezeichnen (s. g. infamia facti). Diese gehört auch dem heutigen Recht an.

2) Die rein juristische, Ehrenminderung vermöge bestimmter Rechtsvorschrift, die sie als Folge gewisser Handlungen oder Zustände eintreten läßt, entweder ipso iure oder vermittelt durch eine Verurtheilung; dies ist die infamia (iuris). Darüber s. §. 120 des Lehrbuchs, wo die römische Theorie vorgetragen ist. Für das heutige Recht giebt es auch eine solche infamia, aber dies ist nicht die römische, wiewohl häufig die Grundsätze dieser theilweise darauf angewendet sind. Die römische infamia ist vielmehr ein antiquirtes Institut. Wegen der deutschrechtlichen aber ist auf das Deutsche Recht zu verweisen.

Viele haben eine dreifache Ehrenminderung angenommen: 1) infamia (iuris), 2) infamia facti oder turpitudo, 3) legis notae macula oder levis nota. Die Aelteren verstanden unter 3) die Anrüchigkeit des Deutschen Rechts (Makel der unehelichen Geburt und einige Handthierungen). Später wollte man sie auch im römischen Recht finden, aber man wußte keinen bestimmten Begriff davon zu geben. In der That existirt keine von der turpitudo qualitativ verschiedene levis nota.

Schutz des Rechts der Persönlichkeit.

§. 121.

S. das Lehrbuch.

Zweites Kapitel.

Das Recht des Besitzes.

Begriff und rechtliche Natur des Besitzes.

§. 122.

Die Person tritt in Thätigkeit durch Unterwerfung äußerer Gegenstände unter ihre Herrschaft. In dieser Unterwerfung bestehen alle übrigen Rechte, außer dem Recht der Persönlichkeit.

Unter den äußeren Gegenständen ist einer, der zuerst der Person als Object seiner Macht gegenübertritt, weil er einmal an sich ein der Person äußerlicher, von ihr unabhängig existirender ist, sodann aber die Bestimmung hat, vollkommen der Herrschaft hingegeben zu sein, was von keinem andern in diesem Maße gilt, die Sache.

Die Sache also ist der erste Gegenstand, durch dessen Unterwerfung die Person thätig wird. Daher folgt die Unterwerfung von Sachen unmittelbar auf das Recht der Persönlichkeit.

Aber diese Unterwerfung ist in doppelter Art denkbar. Die erste ist die factische, physische, natürliche Unterwerfung, factische Gewalt über die Sache, der Zustand, in dem eine vollkommene Einwirkung auf die Sache physisch möglich wird. Dies ist der Besitz. Die zweite ist die als Eigenthum anerkannte Macht über die Sache, die Herrschaft, die auf eine Weise erworben ist, der zu Folge der allgemeine Wille, das Recht, die Sache als eine der Person gehörende anerkennt. Bei dem Besitz sagt die natürliche Anschauung, bei dem Eigenthum die rechtliche, die Person hat Macht über die Sache. Besitz ist die vollständige natürliche, Eigenthum die vollständige rechtliche Unterwerfung einer Sache. Besitz und Eigenthum verhalten sich also, wie Factum und Recht, Besitz kann als Ausübung des Eigenthums bezeichnet werden, er ist der factische Zustand, der dem Eigenthum, als dem rechtlichen Zustand, entspricht.

Beide können verbunden und getrennt gedacht werden.

1) Besitz und Eigenthum in derselben Person vereinigt. Hier kommt der Besitz als ein besonderes Verhältniß rechtlich gar nicht zur Sprache, als das rechtlich zu betrachtende tritt hier bloß das Eigenthum hervor. Wir setzen nämlich voraus, daß das Eigenthum nicht bloß existirt, sondern auch gewiß, bewiesen und unbestritten ist.

2) Das Eigenthum kann aber auch ohne Besitz bestehen. Die rechtliche Herrschaft bleibt mir, wenn mir auch die factische entgangen ist, ja ich kann Eigenthümer sein, ohne jemals Besitzer gewesen zu sein (z. B. durch Erbfolge, Vermächtniß). Hier kommt für den Eigenthümer der Besitz zur Sprache als ein zu erlangender, der fremde Besitz als Verletzung des Eigenthums, der Eigenthümer vindicirt, um die Restitution des Besitzes zu erhalten.

3) Der Besitz kann auch ohne Eigenthum bestehen. Der Besitzer ist nicht Eigenthümer, oder was dasselbe ist, sein Eigenthum ist ungewiß oder bestritten. Diese Existenz des Besitzes ist, wie sich von selbst versteht, vor Allem eine natürliche Möglichkeit. Als natürlichen Zustand müssen wir ihn auch außer der Verbindung mit dem Eigenthum anerkennen. Wenn wir nicht weiter gehen, so ist der Besitz der rechtlichen Anschauung Unrecht, Verletzung des Eigenthums, und dieser Qualificirung kann er nur dadurch entgehen, daß er sich von einer Gestattung des Eigenthümers ableitet. Aber dann ist er nur scheinbar von dem Eigenthum getrennt, vielmehr anerkennt der Besitzer hier die Abhängigkeit seines Besitzes von dem Eigenthum, er ist nur durch das Eigenthum Besitzer, nur nicht durch das seinige, sondern durch ein fremdes. Der Besitz hätte hier keine Selbstständigkeit gegen das Eigenthum. Eine wirkliche Trennung und Unabhängigkeit vom Eigenthum also wäre, wenn sie nur als eine natürliche Möglichkeit zur Sprache käme, immer als Unrecht zu bezeichnen.

Aber die Existenz des Besitzes ohne Eigenthum und unabhängig davon ist auch eine rechtliche Möglichkeit, d. h. der Besitz ohne Eigenthum und selbstständig gegen dasselbe (also abgesehen von einer Gestattung des Eigenthümers) ist ein rechtlicher Zustand. Das Factum selbst ist ein Recht, Besitzrecht, Recht des Besitzes. Ein Recht, das in der natürlichen Unterwerfung

der Sache besteht und sich so zwischen das Recht der Persönlichkeit und die rechtliche Unterwerfung der Sache einschiebt.

Wie erklärt sich dieser scheinbare Widerspruch, daß das Factum Recht ist? Daß z. B. der Dieb, weil er Besitzer ist, ein Recht haben soll, scheint der ungebildeten Anschauung völlig unnatürlich. Viele haben sich an der Lösung versucht, besonders seit die Theorie des Besitzes durch das Werk von Savigny im Einzelnen so genau und vortrefflich ausgeführt und festgestellt worden ist.

Manche haben jene Thatsache: „Factum ist Recht" so verstanden: die natürliche Unterwerfung sei rechtlich; das würde heißen, Besitz sei Eigenthum, nur etwa unvollkommenes oder provisorisches. Damit war in der That der Besitz negirt, nicht erklärt. (Nun wäre es erst recht absurd, den Dieb als Besitzer anzuerkennen.) — Andere haben sich mit dem equivoquen Ausdruck: „anfangendes, werdendes Eigenthum" helfen wollen. Das heißt, der Besitz liegt auf dem Wege zum Eigenthum; man muß aber nicht bloß fragen, wohin? sondern auch woher? und in der Antwort auf diese Frage muß man den Grund der Dinge suchen. — Andere haben in einer Art Verzweiflung die Thatsache ganz geleugnet, der Besitz sei kein Recht. Aber Besitzverletzung ist Rechtsverletzung. Nur soviel ist richtig, daß der Besitz die Eigenschaft als Recht nicht für sich hat, sondern sie von einem andern Recht entlehnen muß, unter dessen Schutz er sich begiebt.

Das Recht, von dem der Besitz seine rechtliche Natur erhält, kann nicht das Eigenthum sein, denn er soll ja gerade selbstständig gegen dieses sein. Von dem Standpunkte des Eigenthums aus ist er vielmehr nur Unrecht. Wir müssen also vielmehr vom Eigenthum abstrahiren, um die rechtliche Grundlage des Besitzes zu finden. Wir müssen ohnedies die Begründung nicht vorwärts, sondern rückwärts suchen.

Die Anerkennung des Besitzfactums als Recht beruht auf dem rechtlichen Gehalt, den die Persönlichkeit des Besitzers auch der bloßen natürlichen Unterwerfung giebt. Diese Persönlichkeit fordert, daß der Besitz geschützt werde, bis ein Recht an der Sache nachgewiesen ist. Wer das Besitzrecht geltend macht, macht aber diese Deckung der natürlichen Gewalt durch die Person geltend. Er will seinen Willen als den einer Person anerkannt wissen (er will seinen Willen haben), der Wille hat sich selbst

zum Gegenstand, der Besitz ist ein Recht an der eigenen Person. Er ist das Recht der Persönlichkeit in seiner Anwendung auf die natürliche Unterwerfung der Sachen. Im Besitz wird die subjective Möglichkeit eines Rechts geschützt.

Dadurch wird die Thatsache vollkommen erklärt, es kann nicht mehr auffallen, daß wir auch dem Dieb dieses Recht zusprechen (und ihn darin Andern gegenüber schützen), denn der Dieb hat seine Persönlichkeit nicht verwirkt. Es erklärt sich daraus ferner, daß der Schutz des Besitzes stets einen provisorischen Charakter hat; der Besitzer weicht dem Berechtigten, wenn es zum Streit über das Recht an der Sache kommt. Endlich der Umstand, daß nur der Besitz mit dem animus domini diese Wirkung hat, s. folgend. §. Dadurch widerlegt sich auch die Meinung, daß der Besitzschutz bloß in einer willkührlichen Erwägung, daß man Selbsthülfe verdrängen müsse, oder darin seinen Grund habe, daß seine Verletzung eine Gewalt, also ein Delict sei (so Savigny). Denn einmal ist das letztere ganz unrichtig und dann würde daraus folgen, daß auch der Besitz ohne animus domini geschützt werden müßte.

Nun läßt sich das systematische Verhältniß von Besitz und Eigenthum auch so ausdrücken: Besitz ist die noch unter dem Schutz, gleichsam der Gewalt des Rechts der Persönlichkeit stehende, Eigenthum ist die davon emancipirte, auf eigenen Füßen stehende Unterwerfung der Sache.

Die Doppelnatur des Besitzes, daß er etwas Factisches und zugleich ein Recht ist, hat bei der Theorie des Besitzes sich wirksam erwiesen. Die Grundlage ist das Factische, aber die Consequenzen dieses Princips sind zuweilen modificirt, theils erweitert, indem Besitz angenommen wird, wo factisch keiner ist, und beschränkt, indem kein Besitz anerkannt wird, wo factisch Besitz existirt.

Von dem Recht des Besitzes ist unterschieden das Recht zu besitzen (wie das Recht des Eigenthums und das Recht, Eigenthümer zu sein oder zu werden). Dies letztere ist eine in einem andern Recht liegende Befugniß, die von dem wirklichen Besitz unabhängig ist; der Nichtbesitzer kann sie haben, der Besitzer kann sie entbehren. — Hier ist von dem Recht die Rede, das mit dem Besitze verknüpft ist, das Recht zu besitzen ein Recht, dessen Gegenstand der Besitz ist.

Arten des Besitzes.

Nach seiner ursprünglichen Natur.

§. 123.

Die Unterscheidung verschiedener Arten des Besitzes ist zum Theil in seiner natürlichen Beschaffenheit selbst begründet (es giebt Verschiedenheiten, die der Betrachtung von dem rein natürlichen Standpunkte sich aufdringen), zum Theil ist sie exoterischer Natur, beruhend auf einer juristischen Zuthat zu dem reinen Factum des Besitzes. Der Besitz besteht aus zwei Stücken: corpus und animus, die beide wesentlich sind. Jeder Besitz setzt einen auf die Sache und ihre Unterwerfung gerichteten Willen voraus, animus possidendi. Der Wille wird zum Besitz, wenn das körperliche Verhältniß hinzutritt, welches eine Ausführung dieses Willens ist, von der Beschaffenheit, daß der Wille wirklich Effect hat, also die Möglichkeit der beliebigen Einwirkung auf die Sache enthält. Dieses corpus kann verschiedene Formen annehmen, z. B. Halten mit der Hand, Sitzen, Stehen auf oder an der Sache, Verschluß der Sache u. s. w. Diese Verschiedenheit begründet aber nicht verschiedene Arten des Besitzes. Denn das Wesentliche ist die natürliche Unterwerfung, die factische Gewalt, die durch jene zufälligen Formen nur vermittelt wird, und diese ist überall dieselbe. (Man könnte hierher die Eintheilung in wirklichen und fingirten Besitz rechnen wollen, aber der fingirte Besitz ist keiner, nur die Annahme gewisser Folgen des Besitzes ohne Besitz. Noch weniger gehört hierher die Eintheilung in natürlichen und symbolischen Besitz, denn es giebt keinen symbolischen Besitz.)

Es giebt keinen Besitz ohne animus, aber der Wille kann mehr oder weniger vollständig sein. Der vollkommene Besitzwille ist der auf die Totalität der Sache gerichtete, die Sache vollständig ergreifende Wille, animus rem sibi habendi (sibi, nicht alteri), animus domini, der die Sache sich zueignende, und zwar total sich zueignende Wille, der eben dadurch factisch dem rechtlichen des Eigenthums vergleichbar ist (man darf dies nicht animus dominii nennen, noch weniger opinio dominii, denn nicht der auf das Eigenthum, sondern der auf vollständige factische Aneignung gerichtete Wille ist erforderlich).

Nun läßt sich aber dieses körperliche Verhältniß des Besitzes

ohne diesen vollständigen animus denken, ohne den Willen die Sache total für sich zu haben, mit dem Willen also, sie für einen partiellen Zweck zu haben. Dieser Wille schließt einen fremden animus domini, einen fremden Besitz nicht aus, er verträgt sich damit, ja er setzt ihn in sofern voraus, als der partielle als solcher nur neben dem totalen erkennbar ist in seiner Beschränkung. Der Besitzer hat die Sache nicht total für sich, also hat er sie zugleich für einen andern, er besitzt sie alieno nomine, er übt einen fremden Besitz aus.

So macht diese Verschiedenheit des animus zwei verschiedene Arten des Besitzes: Besitz mit und ohne den animus domini. Jener ist der eigentliche Besitz, possessio, possidere, dieser hat das körperliche Verhältniß mit ihm gemein, daher naturalis possessio, corporaliter tenere, tenere, Detention, natürlicher Besitz. Nicht der Detentor besitzt eigentlich, sondern er ist nur in einem (fremden) Besitz, daher in possessione esse, z. B. Usufructuar, Pächter, Commodatar, Depositar, Mandatar u. s. w. [1]).

Der Besitz, der ein Recht ist, ist nur der Besitz, mit dem animus sibi habendi oder domini, denn nur bei ihm entspricht der Wille vollkommen dem körperlichen Verhältniß, und deckt es. Nur dieser Besitzer kann sich für das Factum des Besitzes auf seine Persönlichkeit berufen. Der juristische Besitz heißt noch, von dem Schutz: Interdictenbesitz. Der Detentor wird nicht als Besitzer geschützt, weil er einen fremden Besitz anerkennt, dem er dient. — Der Unterschied läßt sich auch so auffassen: corpus und animus kann sich vollkommen in derselben Person darstellen, aber auch getrennt, insofern ein Anderer im corpus für den Besitzer ist; der Besitzer hat den animus domini und ist im corpus durch einen Andern, dieser hat nur das corpus des Besitzes, nicht den ihm entsprechenden animus, sondern einen den Besitz des ersteren anerkennenden animus.

In Folge juristischer Modificationen.

Einfluß der causa possessionis.

§. 124.

Die causa possessionis, der Rechtsgrund, auf den Jemand besitzt, die Veranlassung und das Motiv des Besitzwillens müßte

1) L. 18. pr. D. de adqu. poss. (41, 2.)

eigentlich für die Besitzfrage gleichgültig sein. Für diese kommt es ihrem natürlichen Gehalte nach nur auf die Thatsache des Besitzes selbst an, was auch als Regel in der im vorigen §. citirten Stelle anerkannt ist. Es ist eine juristische Modification, daß in einigen Fällen die Wirkung des Besitzes sich danach bestimmt.

1) Bei den possessorischen Interdicten. Die Regel ist auch hier, daß keine Rücksicht auf die causa possessionis genommen wird. Aber der Besitz, welcher eines der drei vitia possessionis hat, nützt nicht gegenüber dem, von welchem er vitios überkommen ist. Diese vitia sind: Gewalt, Heimlichkeit, prekäre Ueberlassung, violenta, clandestina, precaria possessio. Dies ist die technische und gewöhnliche Bedeutung der Ausdrücke (vergl. Note d. des Lehrbuchs).

2) Bei der Usucapion. Der Besitz kann durch Fortsetzung eine gewisse Zeit hindurch zum Eigenthum führen. Diese Wirkung hat aber nicht das bloße Factum des Besitzes, der einfache juristische Besitz. Bei jeder Usucapion ist bona fides, bei der ordentlichen eine usucapionsfähige Sache und eine iusta causa, iustus titulus, ein Rechtsgrund, der an sich geschickt ist, zum Eigenthum zu führen, erforderlich. Also hier ist die causa von Einfluß, die in diesem Falle mit „pro" bezeichnet wird: possessio pro emtore, donato, herede, legato, suo. Ein solcher zur ordentlichen Usucapion geeigneter Besitz heißt possessio ad usucapionem, Usucapionsbesitz (auch bonae fidei possessio, ein Ausdruck, der aber zugleich eine allgemeinere Bedeutung hat). Er unterscheidet sich von dem einfachen juristischen Besitz durch jene hinzukommenden rechtlichen Elemente: jeder Usucapionsbesitz ist juristischer, nicht jeder juristische ist Usucapionsbesitz. Von der Wirkung, die er vor dem einfachen juristischen voraus hat, heißt er possessio ad usucapionem, aber auch civilis possessio, im Gegensatz dazu die possessio ad interdicta, naturalis. Diese Bedeutung der Ausdrücke ist ihrem sonstigen Gebrauch im römischen Recht vollkommen gemäß, z. B. obligatio civilis, adquisitio civilis. Bestätigt wird sie z. B. durch die beiden ersten in Note e. des Lehrbuchs abgedruckten Stellen [1]). Von der richtigen Auffassung dieser Ausdrücke hängt die vollständig richtige Entwick-

---

1) Die Exegese dieser, sowie der andern hierher gehörigen Stellen s. in Beilage X.

lung der Theorie des Besitzes aus dem geschriebenen Recht ab. Savigny hat das Verdienst, dies vollkommen ins Klare gebracht zu haben. Vor ihm nahm man an, civilis possessio heiße der juristische Besitz, naturalis die Detention.

Es ist kein angenehmes Schauspiel, zu sehen, wie eine Reihe unserer Juristen unaufhörlich bemüht waren, den alten Irrthum ganz oder theilweise festzuhalten, deswegen, weil, wenn diese Bedeutung wahr wäre, die Römer sich einer willkührlichen Abweichung von ihrer sonstigen Sprache schuldig gemacht hätten (s. die literarischen Notizen in Note e. des Lehrbuchs). In der dritten dort angeführten Stelle[2]), hat man gesagt, sei nicht von dem Usucapionsbesitz die Rede, darauf komme es bei der actio ad exhibendum nicht an, sondern civilis possessio heiße der Besitz mit dem animus domini, naturalis possessio, der abgeleitete, überhaupt der ohne animus domini. Jenes ist eine falsche Behauptung. Jene l. 7. §. 3 sagt, die juristischen Personen können mit der actio ad exhibendum belangt werden, denn sie können besitzen und usucapiren. Dies zeigt, daß bei der actio ad exhibendum allerdings etwas darauf hätte ankommen können. Der Gedanke ist der: Diese Klage, wie die rei vindicatio, deren Vorbereitung sie ist, wird sehr häufig zu dem Zwecke gebraucht werden, um einer Usucapion zuvorzukommen. So sagt nun l. 3. cit., der Beklagte ist, obwohl die Klage sehr häufig jenen Zweck haben wird, noch nicht bloß der Usucapionsbesitzer (civilis possessor), sondern auch jeder andere Besitzer der Nichtcivilbesitzer (naturalis possessor). Der Jurist nimmt das Beispiel vom Faustpfandgläubiger, weil dieser gewiß niemals Usucapionsbesitzer ist.

In l. 2. §. 1. pro her.[3]) wird civilis possessio der naturalis possessio gegenübergestellt, und von der letzteren bloß die Detention hervorgehoben. Daraus will man schließen, daß der Interdictenbesitz unter civilis possessio zu stellen sei. Dies Argument würde für Vangerow[4]) zu viel beweisen, nämlich daß auch der Besitz des Pfandgläubigers hierher gehöre. Aber jener Schluß ist auch ganz unstatthaft. Aus der Stelle ist nichts zu entnehmen,

---

2) L. 3. §. 15. D. ad exhib. (10, 4.)

3) L. 2. §. 1. D. pro her. (41, 5): Quod vulgo respondetur, causam possessionis neminem sibi mutare posse, sic accipiendum est, ut possessio non solum civilis, sed etiam naturalis intelligatur.

4) Leitfaden Bd. I. §. 199. 2. b.

als daß der juristische den Interdictenbesitz ganz außer Frage läßt, weil es bei diesem auf eine causa gar nicht ankommt. Es ist von dem Besitz mit einer causa die Rede; dies ist der Interdictenbesitz als solcher nicht.

Die causa possessionis ist etwas Objectives, nicht auf dem bloßen Willen des Besitzers Beruhendes. Die römischen Juristen geben daher für sie die Regel: es könne sie Niemand sich beliebig und einseitig verändern. Diese Regel findet ihre Anwendung:

1) bei den Interdicten, z. B. vis, precarium;

2) bei der Usucapion da, wo eine causa dazu nicht geeignet ist, z. B. der Besitz des beschenkten Ehegatten; insonderheit bei der alten pro herede usucapio, die selbst vor der gewöhnlichen Usucapion einen Vorzug hatte. Savigny[5]) glaubt, jene Regel sei darauf beschränkt, mit Unrecht. Die Juristen erwähnen sie auch in jenen andern Beziehungen. Savigny hat dagegen eingewendet, diese Erwähnung geschehe doch nur so, daß sie Fälle angebe, wo die Regel nicht anwendbar ist. Dies geschieht aber nicht aus dem Grunde, weil die Regel nur für die usucapio pro herede paßte, sondern aus andern Gründen, deren Gebrauch die Anwendbarkeit im Allgemeinen voraussetzt.

Nämlich man darf folgende Fälle nicht unter die Regel bringen: 1) Veränderungen durch ein neues Rechtsgeschäft, das eine causa hinzufügt, z. B. Kauf der ungültig geschenkten Sachen. 2) Aufgabe des Besitzes und neue Apprehension. 3) Verwandlung des natürlichen Besitzes in juristischen, denn hier ist keine Veränderung der causa possessionis, weil vorher gar keine possessio vorhanden war. Nur bei der usucapio pro herede werden auch die Fälle der Detention hereingezogen, als eine besondere, in der Beschaffenheit dieser Usucapion wohl begründete Ausnahme.

Abgeleiteter Besitz.

§. 125.

Juristischer Besitz ist der mit einem fremden Besitz unverträgliche. Dies ist der Besitz mit dem animus domini, rem sibi habendi, dem Willen der Aneignung der Sache; auf dem natürlichen Standpunkte nur dieser. Durch eine juristische Modification fin-

5) Recht des Besitzes §. 22.

den wir einen juristischen Besitz mit dem ausschließlichen animus possidendi, ohne daß er sich als animus domini bezeichnen läßt. Darauf beruht die Eintheilung in ursprünglichen und abgeleiteten Besitz. Der letztere ist es, den diese künstliche Modification in sich schließt. Der Fall ist der: Es soll und will Jemand eine Sache nur zu einem partiellen Zwecke haben, für einen Fremden als Sequester, oder einen eigenen, als Faustpfandgläubiger. An sich wäre er also nur Detentor. Aber es kann für einen gewissen Zweck für nöthig befunden werden, daß der bisherige Besitzer seinen Besitz aufgiebt und somit jenen zum juristischen Besitzer macht. So ist dies der Fall beim Pfandgläubiger, zu dessen größerer Sicherheit. Bei dem Sequester, um den Besitz zu unterbrechen, und die Rechte, welche der bisherige Besitzer daraus ableiten könnte, zu beseitigen.

Der juristische Besitz gründet seine Eigenschaft als solcher nicht auf seine natürliche Beschaffenheit, sondern auf den Willen des Gebers, das Rechtsgeschäft, das ihn überträgt, von diesem leitet er seine Eigenschaft ab. Daher wird dieser sehr passend abgeleiteter Besitz genannt. (Der Wille des Besitzers ist auf den juristischen Besitz selbst gerichtet, dieser setzt einen dagewesenen Besitz voraus.)

Die Fälle sind die genannten beiden, bei dem Pfandgläubiger ist es die Regel, bei dem Sequester die Ausnahme, daß er juristischer Besitzer sein soll. Der Versuch einiger Juristen[1]), hier noch andere ausfindig zu machen, ist mißlungen. Es wäre nur auf Kosten dieses Begriffs selbst möglich.

Dagegen halte ich es allerdings für unrichtig, wenn Savigny noch zwei Fälle annimmt: den des Emphyteuta und den des Precarist (jener ist stets juristischer Besitzer, dieser regelmäßig). Die Meinung beruht auf einer nicht ganz richtigen Auffassung des animus domini (als animus dominii), wonach ihm die Anerkennung eines fremden Eigenthums widersprechen solle; nur die Anerkennung des fremden Besitzes ist mit dem animus domini unverträglich, er ist factische nicht juristische Aneignung. Der Wille des Precaristen ist auf vollkommen factische Aneignung gerichtet, die Widerruflichkeit hindert so wenig seine gegenwärtige Totalität, als die Furcht des Diebes, entdeckt und zur Heraus-

1) S. die literarischen Anführungen in Note c. des Lehrbuchs.

gabe gezwungen zu werden. Eben so total ist der des Emphyteuta, dieser hat sogar eine so vollkommne Macht über die Sache, daß sie sich nur durch seine Verbindlichkeit und die Möglichkeit der Endigung von dem Eigenthum unterscheidet.

Erwerb und Verlust des Besitzes.

Möglichkeit desselben.

§. 126.

Besonders bei der Erwerbung tritt jenes Zusammenwirken der factischen und rechtlichen Natur des Besitzes ein. Vor allem für die Frage der Möglichkeit. Von dem Besitze sind manche Personen und manche Sachen ausgeschlossen, beide zum Theil aus factischen, zum Theil aus rechtlichen Gründen.

In Beziehung auf die Personen.

§. 127.

Das Factum des Besitzes kann nur angenommen werden bei willensfähigen Personen, noch bestimmter solchen, die des bestimmten Besitzwillens fähig sind, nicht also bei juristischen Personen, Wahnsinnigen, Kindern.

Das Recht des Besitzes kann nur angenommen werden bei den Personen, welche eines activen Vermögensrechts fähig sind, nach altem Recht waren daher schlechthin filiifamilias ausgeschlossen, sie können für den Vater oder auch für Andere, nicht für sich Besitz erwerben (wohl aber Detention, denn das Factum des Besitzes ist bei ihnen möglich); daher sie eben als Repräsentanten fungiren konnten. Nach neuerem Recht müssen sie, so weit sie Eigenthümer sein können, auch des Rechts des Besitzes fähig sein, aber auch nur so weit. Ex re patris können sie kein Eigenthum erwerben, daher auch keinen juristischen Besitz, weshalb sie an res peculiares nur Detention im Namen des Vaters erwirken können. So hat das Recht seine Beschränkungen um eine vermehrt, die von dem natürlichen Standpunkte aus nicht bestehen würde. Umgekehrt aber hat es jene natürlichen Beschränkungen unter Umständen beseitigt, und einen Besitz hervorgebracht, der vom natürlichen Standpunkte aus nicht existiren würde;

1) Durch Möglichkeit des Erwerbs für natürlich unfähige

Personen. Dadurch a) daß eine Repräsentation in einer sonst nicht statthaften Weise zugelassen wird, nämlich ohne den animus des Erwerbers: Beamten für die juristischen Personen, Vormünder für die Wahnsinnigen und Kinder. b) Daß eine Ergänzung der unvollkommenen Willensfähigkeit bei Kindern angenommen wird, der Vormund durch seine Autorität die Besitzergreifung des Kindes wirksam machen kann. Es ist hier vor allem nicht ein Erwerb durch den Vormund gemeint, sondern durch das Kind; sodann hat die auctoritas nicht ihre gewöhnliche, solenne Bedeutung, denn in dieser bestärkt sie eine natürlich vollkommene Handlung, sie ergänzt einen juristischen Mangel, nicht einen natürlichen. Mit dieser Bedeutung wäre sie hier nicht nothwendig, sie muß vielmehr einen natürlichen Sinn haben. Wenn einem Kinde zwar der Wille, aber nicht der beharrliche egoistische Besitzwille zugeschrieben werden kann, so ist es denkbar, daß dieser annähernd durch fremde Direction, Autorität im natürlichen Sinn hervorgebracht wird. Ist man so weit gegangen, so muß man consequent noch einen Schritt weiter gehen. Die Eigenschaft des Tutor macht es nicht aus; wenn die Autorität und Einwirkung von Dritten auf das Gemüth des Kindes diese Wirkung hervorbringt, so muß derselbe Erfolg angenommen werden. Siehe die 2te Stelle der Note c[1]) (corpore quaeritur kann heißen 1) es ist noch nicht der volle animus, 2) corpus des Kindes, nicht des Vormundes). So ist die Stelle erklärt in der Note c citirten Abhandlung[2]). Eine andere Ansicht ist seit Savigny[3]) vorherrschend geworden: es sei ein Suppeditiren der auctoritas tutoris gemeint. — Die Worte per tutorem wären indessen unnatürlich zu pressen, um den stillschweigenden Gegensatz von auctoritas tutoris hineinzulegen, vielmehr liegt der Nachdruck offenbar auf tutorem, im Gegensatz a quacunque persona[4]).

2) Durch Möglichkeit der Fortdauer, wo das Factum als solches nicht mehr existiren würde. Dahin gehört a) überhaupt die besondere Art, wie der Verlust beschaffen ist, wonach der Besitz fortdauern kann, während keine gegenwärtige körperliche Gewalt oder animus, insonderheit z. B. nicht der Wahnsinn den

1) L. 3. C. de adquir. dom. (7, 32.)
2) Puchta im Rhein. Museum V. 3.
3) Recht des Besitzes S. 291 ff.
4) Vgl. noch Beilage XI.

Besitz aufhebt. b) Ein Pupill kann den Besitz nicht animo verlieren ohne auctoritas tutoris, weil er ohne sie kein Recht aufgeben kann. Das Recht erhält also einen Besitz, der factisch betrachtet verloren wäre.

In Beziehung auf die Gegenstände.

§. 128.

Das Factum des Besitzes setzt eine Sache voraus, in Beziehung auf welche das körperliche Verhältniß oder der animus möglich ist. Daher sind ausgeschlossen unkörperliche Gegenstände, ferner unter Umständen Theile. Die Möglichkeit eines Besitzes an Theilen kommt in Frage 1) für den Besitz mehrerer; können mehrere eine Sache pro diviso besitzen? 2) Für denselben Besitzer; besitzt der Besitzer des Ganzen auch die Theile? Das Princip ist dieses: Nur was ein gesondertes Dasein hat, kann auch besonders besessen werden, aber ein körperlicher Zusammenhang schließt das gesonderte Dasein nicht schlechthin aus. Entschieden ist kein Besitz an integrirenden Theilen denkbar: an Gebäuden ohne den Grund, an Gliedern ohne das Thier. Dies gilt für jene beiden Fälle; 1) Es ist kein Besitz Mehrerer pro diviso möglich; wenn man dem Andern tradirte und ausdrücklich die Superficies ausnähme, so würde der Empfänger doch Besitzer des Ganzen werden. Aber auch 2) der Besitzer des Ganzen besitzt nicht die Theile (nicht Haus und Boden besonders).

Ebenso entschieden ist Besitz möglich an den Theilen einer universitas rerum, körperlicher selbstständiger Sachen, da die Verbindung hier nur eine intellectuelle ist. Ja nur an ihnen ist Besitz möglich, nicht an der universitas selbst.

Der zweifelhafte Fall ist der von den körperlichen, aber nicht wesentlich zusammenhängenden Theilen, z. B. die Stellen eines Grundstücks, Materialien eines Hauses, Stein am Ring, Rad am Wagen.

Auch hier ist ein Fall als unstreitig ausgeschieden. Besitz ist möglich, sobald eine Trennung eingetreten ist. Bei Grundstücken geschieht dies ohne Aufhebung des Zusammenhangs, indem eine Stelle als Grundstück für sich behandelt wird, und dies ist der Fall, sowie es für sich in Besitz genommen ist. Dies setzt natürlich Bestimmtheit des Objects voraus, kein locus incertus kann

besessen werden. Anders ist es bei beweglichen Sachen, indem hier eine Trennung ohne Auflösung des Zusammenhangs nicht möglich ist.

Der streitige Punkt ist, ob ein Besitz an einem solchen Theil während der Verbindung möglich ist?

1) Mehrere Besitzer pro diviso sind nicht möglich, denn das corpus des Besitzers ist unmöglich. Dies kann nur der Besitzer des Ganzen haben. Daher allerdings so, daß der Besitzer des Ganzen dem Theil alieno nomine besitzt, z. B. der Commodatar fügt die fremde Sache der seinigen ein (berechtigter Weise z. B. ich leihe Jemand ein Wagengestell zu seinem Wagen, einen Balken zu seinem Gerüst).

2) Die streitige Frage ist: ob der Besitzer des Ganzen auch die Theile besitzt? was namentlich für die Usucapion wichtig wird. — Die Entscheidungen des geschriebenen Rechts umfassen nicht vollständig diese ganze Frage, man hat sie für zweideutig gehalten, deshalb ist es nothwendig, zunächst aus innern Gründen die Antwort zu geben.

Dem Corpus nach steht nichts entgegen. Wenn das Ganze, so befinden sich gewiß auch die Theile in meiner physischen Gewalt, ja eher mehr, als wenn es getrennt ist. Daher geht auch die actio ad exhibendum gegen den Besitzer des Ganzen (die nur beim Material eines Hauses und eines Weinbergs aus besondern Gründen ausgeschlossen ist).

Auch der animus wäre für sich möglich, aber er verkörpert sich nicht in dem corpus, da dieses auf das Ganze geht. Es fehlt also an einer dem Besitz angemessenen Erkennbarkeit des animus. Sowie aber dies Hinderniß wegfällt, wird der Besitz des Theils im Ganzen anzunehmen sein. Zwei Fälle sind zu unterscheiden

1) Wer eine Sache in Besitz nimmt, besitzt nur das Ganze, nicht die Theile als besonderes. Entweder ist sein Wille nicht auf die Theile als solche gerichtet, oder wenn zufällig auch, so ist dies doch nichts erkennbares[1]). Die Unterscheidungen zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen, die Manche haben machen wollen, sind ganz ungegründet.

2) Wer eine selbstständig und getrennt bestehende Sache besessen hat, hat den bestimmten auf sie gerichteten animus gehabt.

---

1) L. 2. §. 6. D. pro emt. (41, 4.) L. 23. pr. D. de usurp. (41, 3.)

Dieser ist nicht verloren gegangen, wenn er sie einer andern Sache eingefügt hat. Hier ist also der Fall, daß der Besitzer des Ganzen auch den Theil besitzt. Denn da er ihn schon vor dieser seiner Eigenschaft besaß, so muß er ihn auch jetzt noch besitzen, weil er ihn weder corpore (wenn er das Ganze besitzt) noch animo verloren hat. Also usucapirt er fort. So wird denn auch ausdrücklich im Recht[2]) entschieden. Manche haben sich hier an die decem dies gestoßen. Diese sind aber nur eine enunciative Bezeichnung des Falls, die decem dies sind das solenne Beispiel, das auch sonst in dieser Weise vorkommt[3]). Andere haben eine unvollkommene Verbindung angenommen, dies ist um so mehr ungegründet, als noch dazu zwei Bestandtheile, die Bedachung und die Mauern als Beispiel genannt sind.

Eine andere Stelle[4]) hat man für widersprechend gehalten, und angenommen, daß hier der Besitz oder (was richtiger ist) wenigstens der Usucapionsbesitz geläugnet werde. Aber die Stelle kann hypothetisch zu verstehen sein. Ferner läugnet sie die Usucapion nicht aus dem Mangel des Besitzes, ein Grund, den sie nicht angiebt. Am nächsten liegt vielmehr ein anderer Grund, namentlich daß es sich um res furtiva handelt, ein vitium, welches wie Gajus sagt, bei der Usucapion beweglicher Sachen sehr gewöhnlich ist; die Erwähnung der Verbindung bezieht sich nur auf die actio ad exhibendum, welche dies zur gewöhnlichen Voraussetzung hat.

Das Recht des Besitzes schließt diejenigen Sachen aus, welche dem commercium entzogen sind. Der Besitz ist ein Vermögensrecht, welchem jene Sachen entnommen sind.

Das Recht hat aber wie bei den Personen nicht bloß Beschränkungen hinzugefügt, es hat auch Gegenstände des Besitzes hinzugethan, für die vom natürlichen Standpunkte aus keine Möglichkeit des Besitzes vorhanden war. Dahin gehört vor

---

2) L. 30. §. 1. D. de usurp. (41, 3): Labeo libris epistolarum ait, si is cui ad tegulorum vel columnarum usucapionem decem dies superessent, in aedificium eas coniecisset, nihilominus eum usucapturum, si aedificium possedisset. Quid ergo in his, quae non quidem implicantur rebus soli, sed mobilia permanent, ut in annulo gemma? In quo verum est et aurum et gemmam possideri et usucapi, cum utrumque maneat integrum.

3) L. 50. D. de minor. (4, 4.)

4) L. 7. §. 1. D. ad exhib. (10, 4): Sed si rotam meam vehiculo aptaveris, teneberis ad exhibendum; et ita Pomponius scribit, quamvis tunc civiliter non possideas.

allem der Besitz an Rechten, iuris quasi possessio (s. unten); ferner der Besitz von ideellen Theilen. Das Factum des Besitzes ist eigentlich hier an sich nicht möglich, weil eine physische Gewalt über etwas nur Gedachtes nicht denkbar ist. Die Stellung des Besitzes in die Reihe der Rechte hat aber dahin geführt, wie ein Miteigenthum, so einen Mitbesitz anzunehmen. Also es können mehrere Besitzer sein, jeder zu einem quoten Theil. Aber der animus muß auf den Theil gerichtet sein, und dies setzt zweierlei voraus: 1) solche quote Theile müssen durch ein juristisches Ereigniß entstanden sein (z. B. Kauf, Schenkung u. s. w.), sie sind nicht nach subjectiver Willkühr zu machen. 2) Der Besitzer muß einen bestimmten Theil im Sinne haben, also seinen Theil kennen. Dieses ist in der L. 32. §. 2. D. de usurp.[5]) ausgesprochen. Zweifelhaft ist hier die Bedeutung der Worte: „mera subtilitate". Die Entscheidung scheint doch nothwendig zu sein. Dies ist jedoch keineswegs der Fall. Aus dem Princip folgt nur, daß wir keinen zu einem quoten Theil als Besitzer bezeichnen können. Dies wird wirksam, wenn sie gegen einander auftreten. Wenn sie aber einig sind, so muß jeder als Besitzer gegenüber einem Dritten gelten. Ihrer Usucapion wird also jene Nichtkenntniß nicht entgegenstehen. Der Fehler der Schlußfolgerung Labeo's liegt darin, daß aus der Prämisse: keiner besitzt zum Theil, geschlossen wird: sie sind alle Nichtbesitzer[6]).

Ausschließlichkeit des Besitzes.

§. 129.

Das Factum des Besitzes ist nicht möglich für Mehrere an einer und derselben ganzen Sache: plures eandem rem in solidum possidere non possunt. Keine Ausnahme ist es, daß juristischer und natürlicher Besitzer neben einander möglich sind, denn nur der letztere ist eigentlicher Besitzer, während jener nur diesen Besitz ausübt. Ebenso wenig liegt eine solche in folgendem Satze: der Faustpfandgläubiger ist juristischer Besitzer, der Verpfänder hört auf es zu sein; nur jener, nicht dieser hat die Interdicte. Aber

5) L. 32. §. 2. D. de usurp. (41,3): Incertam partem possidere nemo potest. Ideo si plures sint in fundo, qui ignorent, quotam quisque partem possideat, neminem eorum mera subtilitate possidere Labeo scribit.

6) Vgl. noch Beilage XII.

der Verpfänder wird quoad usucapionem als Fortbesitzer, und zwar im Interesse des Gläubigers fingirt, denn sonst würde das, was den Zweck der Sicherung hat, die Ursache der Zerstörung dieser Sicherheit in sich tragen. Es ist dies kein Besitz Mehrerer in solidum. Allein der Gläubiger besitzt und jene Fiction sagt nur, daß ausnahmsweise die Usucapion ohne Besitz fortdauere.

Wohl aber gab es römische Juristen, welche eine juristische Modification jenes natürlichen Grundsatzes behaupteten. So in dem Falle, wenn Einer iniuste, der Andere iuste besitze, wie der precario accipiens und dans. Diese Behauptung hatte folgenden Grund: Bei den interdicta retinendae possessionis kann der siegen, welcher jetzt nicht besitzt, weil der Andere von ihm iniuste besitzt. Der Nichtbesitzer gilt also als Besitzer („retinet possessionem") gegen den, der iniuste besitzt.

Dies drückten nun mehrere Juristen so aus: der iniustus possessor besitzt vom natürlichen Standpunkte, vom juristischen Standpunkte aber auch der Andere, der insofern als iustus possessor erscheint. Also ist iusta possessio und iniusta neben einander möglich. Der Fehler war, jene Behandlung, welche in der Natur jener Interdicte liegt, als eine materielle Wirklichkeit zu stempeln, und daraus weitere Consequenzen über jenen Satz hinaus zu ziehen, z. B. wenn mir die Sache vi abgenommen ist, und du besitzest sie vi von dem Andern, so siegt keiner mit dem interdictum retinendae possessionis, weil jeder Besitzer ist. Im justinianischen Recht ist die Ansicht entschieden verworfen [1]), und bloß aus Nachlässigkeit sind einige Spuren stehen geblieben. Vielleicht waren die Compilatoren anfangs selbst verschiedener Meinung gewesen.

Erwerb des Besitzes.

§. 130.

Zur Erwerbung des Besitzes gehört die Hervorbringung seiner beiden Elemente in der Person des Erwerbers. Erst ihre Vereinigung ist Besitzerwerb:

1) Der animus, welcher gewöhnlich vorausgeht.

2) Das corpus, Apprehension. Vor Savigny hatte man

---

1) L. 3. §. 5. de adquir. poss. (41, 2.)

darüber eine dem Wesen des Besitzes und dem geschriebenen Rechte gleich widersprechende Theorie, man behauptete nämlich: zum Besitzerwerb sei körperliche Berührung der Sache erforderlich, bei beweglichen Sachen das Ergreifen, bei Grundstücken das Betreten. Als Ausnahmen seien aber symbolische Handlungen zulässig, z. B. Ueberreichung der Schlüssel, ferner manche deutschrechtliche Symbole, die man auf die römische Besitzlehre übertrug. Vor allem nun giebt es keinen symbolischen Besitzerwerb; eine symbolische Handlung würde nur eine symbolische Gewalt hervorbringen können, der Besitz ist aber eine wirkliche Gewalt. Ein Symbol ist nur denkbar für einen geistigen, nicht für einen leiblichen Act, es ist der sinnliche Ausdruck des Uebersinnlichen, nicht umgekehrt. Sodann ist die körperliche Berührung durchaus indifferent und irrelevant, Apprehension ist ohne sie und sie ist ohne Apprehension möglich. Zur Apprehension ist ein körperlicher Act erforderlich, der das Resultat der factischen Gewalt hat, ein körperliches Verhältniß zur Sache giebt, welches die Möglichkeit vollständiger und beliebiger Einwirkung enthält. Dieser Act kann körperliche Berührung sein, aber den Erfolg vorausgesetzt (z. B. Betreten eines Grundstücks, das im Besitz eines Andern ist), ferner Ueberkommen der Schlüssel zu dem Behältniß in dessen Gegenwart; Stehen an der Sache oder in der Nähe der Sache, longa manu traditio; Custodia, das Verwahren der Sache in einem in unserem Besitze befindlichen Gebäude, ein Fall, in dem selbst die Gegenwart des Erwerbers überflüssig ist.

Der Besitz vergrabener Sachen, z. B. Schätze, wird erst apprehendirt, wenn sie bloßgelegt sind; vorher ist ihre Existenz nicht sicher; es ist also kein Gegenstand eines bestimmten Animus, und auch keine Möglichkeit beliebiger Einwirkung vorhanden. (Etwas anderes ist es, daß z. B. nichts durch Vergraben verloren geht, s. unten.) Der Besitz eines wilden Thieres ist apprehendirt, außer dem Fall des Einfangens, wenn es getödtet ist, vorausgesetzt die Möglichkeit beliebiger Einwirkung. Diese ist dagegen bei der bloßen Verwundung, auch einer tödtlichen, nie vorhanden, quia multa accidere possunt, ut eam non capiamus [1]).

Der Animus kann nachfolgen. So ist 1) corpus möglich vor irgend einem animus, z. B. es hat Jemand in meiner Ab-

1) L. 5. §. 1. L. 55. D. de adqu. dom. (41, 1.)

wesenheit ein Geschenk bei mir in meiner Wohnung niedergelegt, oder an einen Dritten überliefert, der nicht von mir dazu beauftragt ist. 2) Corpus vor dem animus domini, z. B. der Pächter kauft das Grundstück. Zum Erwerbe des juristischen Besitzes ist hier keine neue Apprehension, sondern nur die Annahme des animus domini nöthig, brevi manu traditio.

Die einseitige Besitzerwerbung ohne Mitwirkung eines bisherigen Besitzers heißt Occupation. Wenn der bisherige Besitzer seinen Besitz einfach aufgegeben hat, und der Andere ergreift ihn, so ist dies noch immer Occupation. Geschieht der Besitzerwerb dagegen mit dem Willen des bisherigen Besitzers, der zu diesem Zweck seinen Besitz aufgiebt und dadurch den Erwerb möglich macht, so tritt der Begriff der Tradition ein. Dazu gehört 1) eine Handlung des Tradenten, wodurch er auf der einen Seite den Besitz aufgiebt, auf der andern den Willen ins Werk setzt, daß ihn der Empfänger erwerben soll, sei es durch wirkliche Gestattung, oder durch thätige Erleichterung des Erwerbes; 2) von Seiten des Erwerbers dasjenige, was zum einseitigen Erwerbe gehört. Dazu kommt dann noch der Wille, den Besitz als einen von jenem verstatteten zu erwerben.

Die Tradition enthält nicht etwa einen derivativen Erwerb des Besitzes, den es überhaupt nicht giebt; nicht eine Succession in den Besitz, weil man in das Factum nicht juristisch, sondern nur factisch succediren kann. Wohl aber enthält sie einen derivativen Erwerb, eine Succession, in Beziehung auf das Rechtsverhältniß, das sich mit dem Besitz verknüpft.

Erwerb durch Repräsentanten. Hierzu ist erforderlich:

1) Repräsentationsverhältniß (s. oben).

2) Apprehension durch den Repräsentanten. Das Corpus des Besitzes wird in der Person des Repräsentanten constituirt. Es kann aber sein, daß der Repräsentant schon vorher in dem körperlichen Verhältniß sich befindet, dann ist natürlich eine neue Apprehension nicht erforderlich, diese Art der Tradition heißt constitutum possessorium (s. nachher).

3) Wille des Repräsentanten für den Andern zu erwerben. Ohne den Willen handelt er nicht als Repräsentant, erwirbt daher dem Dominus nicht. In einigen Fällen ist dieser entgegengesetzte Wille nichtig und daher doch Besitzerwerb möglich. So namentlich bei einem Filiusfamilias. Soll dieser seinem Vater auf

dessen Befehl erwerben, so sind drei Fälle des Ungehorsams möglich: a) er will für einen Andern erwerben; dann ist kein Erwerb für den Vater vorhanden; b) er will für sich erwerben, wo er dieses kann; hier verhält es sich ebenso; c) er will für sich erwerben, wo dies nicht möglich ist, z. B. ex re patris; in diesem Fall erwirbt der Vater.

Ein zweiter Fall, wo die Treulosigkeit des Repräsentanten nicht schadet, kommt bei der Tradition vor [1]). Der auf den Dominus gerichtete Wille des Tradenten ist nicht nöthig, wenn der Repräsentant seine Schuldigkeit thut, er ersetzt nur jenen Mangel.

Der Wille des Repräsentanten ist ohne Apprehension hinreichend, den Dominus zum Besitzer zu machen, wenn der Repräsentant schon im Besitze der Sache war (constitutum possessorium). Der juristische Besitzer macht einen Andern dazu, indem er künftig in dessen Namen besitzen zu wollen erklärt. So findet Uebertragung des Besitzes durch Verwandlung des bisherigen juristischen Besitzes in einen natürlichen beim Verkauf der Sache und der Pachtung derselben Statt. Sowie die Parteien übereinstimmen, ist die Tradition geschehen, da in diesem Augenblick der bisherige Besitzer als Repräsentant des neuen den Besitz von sich selbst übernimmt. Ebenso wenn der Verkäufer erklärt, die Sache bis zum Abholen aufbewahren zu wollen (vorausgesetzt, daß der Wille auf sofortige Uebergabe ging).

4) Wille des Erwerbers. Es giebt keine Vertretung im Animus, ignoranti non acquiritur possessio. Dagegen der specielle Vorgang kann ihm unbekannt sein, und es kann daher auch gesagt werden, possessio ignoranti acquiritur. Nur zur conditio usucapiendi gehört dies Wissen (§. 157.) Der nöthige Animus des Erwerbers liegt also in dem Auftrage oder Befehl. Dieser muß aber speciell auf den Besitzerwerb gerichtet sein. Daher erwirbt durch einen procurator omnium bonorum der dominus erst Besitz mit seiner Ratihabition der Handlung. Auf der andern Seite ist nicht zuviel auf das Erforderniß des speciellen Auftrages zu legen; nicht nothwendig ist Kenntniß des Mandanten von der Sache, sondern dem Procurator kann die Auswahl überlassen sein.

---

1) L. 13. D. de donat. (39, 5.) Vgl. Note d. 2) des Lehrbuchs.

Ausnahmen von der Nothwendigkeit des Willens sind folgende: 1) bei Vormündern und Repräsentanten (§. 127). 2) Bei dem Peculium. Die concessio peculii, also der allgemeine Wille ist hinreichend, um den Besitz zu erwerben. Hier gilt also vollkommen der Grundsatz possessio ignoranti acquiritur, auch für die Usucapion.

Verlust des Besitzes.

§. 131.

Man besitzt durch die Verbindung von Corpus und Animus. Durch das Wegfallen eines dieser Stücke wird der Besitz verloren, die wesentliche Verbindung gestört, man kann nicht bloß animo oder bloß corpore besitzen.

Ueber das Aufhören dieser Elemente aber liegt eine besondere juristische Bestimmung vor. Von dem rein natürlichen Standpunkte aus müßte man sagen, so wie ihre Vereinigung in der Art, wie sie am Anfang gefordert worden, aufhört, fällt auch der Besitz weg. Dann würde aber die längere Fortsetzung des Besitzes unmöglich werden, die Besitzfrage hätte für die meisten Fälle (überall wo es nicht bloß auf den Moment ankommt) kein wirkliches Interesse. Daher ist bestimmt, daß, wenngleich nicht Corpus und Animus fortdauern, der Besitz dennoch fortgesetzt wird, wie von Anfang, bis für eines von beiden das Contrarium eingetreten ist[1]).

Der Besitz wird also verloren:

1) Corpore durch die Unmöglichkeit den Zustand factischer Gewalt beliebig zu reproduciren, z. B. Verlieren einer Sache. Bei wilden Thieren ist das Corpus vorhanden, solange sie eingesperrt, gefesselt, oder so gezähmt sind, daß sie z. B. die consuetudo revertendi haben. An einem entsprungenen Thiere geht der Besitz nicht verloren, so lange es noch im Gesicht und die Wiedererlangung wahrscheinlich ist. Verloren wird das Corpus ferner dadurch, daß die Sache integrirender Theil einer andern wird, außerdem nur, wenn das Ganze in den Besitz eines Andern kommt, der nicht etwa Repräsentant ist, s. oben.

Der besondere Grundsatz für den Besitz von Grundstücken, daß die Abwesenheit nicht den Besitzverlust involvirt, folgt schon

---

1) L. 153. D. de R. J. (50, 17.)

aus der allgemeinen Regel. Dagegen ist es möglich, daß der auf dem Grundstücke Anwesende (z. B. nach erfolgter Einsperrung) den Besitz verloren haben kann. Daß der Besitzer in seiner Person abgehalten ist, auf sein Grundstück zu kommen, z. B. durch Krankheit, begründet ebenfalls noch keinen Verlust, so lange er von fremder Gewalt frei ist. Aber eine Singularität findet statt in Beziehung auf den Verlust durch Thätigkeit eines Andern. Eigentlich ist der Besitz verloren, sowie ein Anderer sich der Sache bemächtigt (so bei beweglichen Sachen). Eine Ausnahme besteht jedoch insofern, als der Verlust ohne das Bewußtsein des Besitzers von der fremden Apprehension nicht eintritt; also nicht, ehe er die fremde Apprehension weiß und sich willig oder gezwungen dabei beruhigt, d. h. nicht sofort wieder den Occupanten dejizirt. Der, dessen Bewußtsein erfordert wird, ist nicht schlechthin der Besitzer, sondern der, welcher den Besitz körperlich ausübt, daher auch der Repräsentant.

2) Animo wird der Besitz erst verloren durch den animus non possidendi. Die Fortdauer des bestimmten Besitzwillens ist nicht nöthig, weshalb z. B. bei Wahnsinn des Besitzers, oder Vergessen des Besitzes, der Besitz fortwährt. Daher können auch die, welche nicht wollen können, nicht animo den Besitz verlieren. Es ist mithin ein Aufgeben des Besitzes nothwendig, welches auch stillschweigend geschehen kann. Aber nicht jede Handlung, die sich mit dem Besitz nicht verträgt, ist ein solches, weil ja ein Irrthum die Handlung ausschließen kann[2]).

Der Besitz kann durch Repräsentanten fortgesetzt werden, die ihn im Namen des Besitzers ausüben. Der letztere besitzt corpore alieno, daher kann er animo suo den Besitz verlieren, aber nicht corpore suo, z. B. durch Dejection, während der Repräsentant im Besitze bleibt. Dagegen kann der Besitz corpore in der Person des Repräsentanten auf dreifache Art verloren gehen:

1) Der Repräsentant kommt ohne seinen Willen aus dem corpus, z. B. durch Dejection; dies zieht den Verlust des Besitzes nach sich

---

2) L. 1. 12. §. 1. D. de adqu. dom. (41, 1): Nihil commune habet proprietas cum possessione, et ideo non denegatur ei interdictum uti possidetis, qui coepit rem vindicare, non enim videtur possessioni renuntiasse, qui rem vindicavit. Der Jurist beseitigt in dieser Stelle zwei Gründe, von denen man glauben könnte, sie ständen dem Interdict entgegen: 1) die exceptio rei in iudicium deductae, darauf beziehen sich die Anfangsworte; 2) den animus non possidendi; darauf gehen die Worte: non enim etc.

2) Der Repräsentant will dem Besitzer den Besitz entziehen. Der bloße Wille des Repräsentanten bewirkt nicht den Verlust, es muß noch eine solche Gestaltung des Corpus hinzukommen, daß sie den Verlust bewirkte, auch wenn der Besitzer ohne Repräsentanten besäße. Die Treulosigkeit der Repräsentanten bewirkt, daß er in einem solchen Act gar nicht wie ein Repräsentant, sondern wie ein Fremder behandelt wird. Die Fälle sind folgende: a) der Repräsentant nimmt den animus domini an, hier ist neue Apprehension nöthig, bei beweglichen Sachen Bemächtigung, wie beim furtum, bei unbeweglichen Behauptung gegen den Besitzer; b) der Repräsentant will im Namen eines Andern besitzen, z. B. Verkauf und Pachtung von dem Käufer. Hier ist Apprehension von Seiten des letztern nöthig, wie wenn kein Repräsentant da wäre; c) der Repräsentant giebt den Besitz auf, dies kann er nicht, aber auch Uebergabe der Sache an einen Dritten ist nicht schlechthin Verlust. Bei beweglichen Sachen allerdings, weil die Apprehension auch nach Abzug der Thätigkeit des Repräsentanten diese Wirkung hat; nicht dagegen bei Grundstücken. Unter den römischen Juristen bestand darüber eine Controverse; Justinian hat die Ansicht vorgezogen, welche auch mit der Entscheidung der andern Fälle im Einklang steht[3]).

3) Dadurch daß der Repräsentant aufhört, den Willen zu haben, den fremden Besitz auszuüben, wie durch Wahnsinn oder durch Tod, ist das corpus nicht in contrarium actum, daher geht der Besitz nicht verloren. Ebensowenig geschieht dies durch Endigung des Repräsentationsverhältnisses, z. B. die Pacht, Mandat. Bleibt der Pachter noch im Besitz, so ist er noch immer Repräsentant. Bleibt er nicht darin, so fällt allerdings das Corpus weg, wie es bei der Erwerbung sein müßte, aber ein Verlust des Besitzes ist damit nicht verbunden.

Wirkungen und Schutz des Besitzes.

Allgemeines.

§. 132.

Bisher ist die Theorie der Frage: wer ist Besitzer? behandelt worden. Dieselbe hat eine juristische Bedeutung durch die recht-

---

3) L. 40. §. 1. L. 44. §. 2. D. de adqu. poss. (41, 2.) vgl. mit L. 12. C, h. t. (7, 32.)

lichen Wirkungen, welche mit dem Besitz verbunden sind. Solche sind Eigenthumserwerb, insofern er entweder eine Folge des Besitzerwerbes selbst (Occupation, Tradition), oder der Dauer des Besitzes ist (Usucapion), die Publiciana, die possessorischen Interdicte. Diese sind die reinsten Wirkungen des Besitzes, als eines Zustandes.

Durch die possessorischen Interdicte wird der Besitz um seiner selbst willen, das reine Factum des juristischen Besitzes geschützt und durch diesen Schutz eben ist er ein Recht. Sie sind doppelter Art: interdicta retinendae und recuperandae possessionis, bei beiden ist der Besitz der Grund, dort ein gegenwärtiger, hier ein ehemaliger. Auch der Umstand, ob die possessio iusta oder iniusta ist, hat keinen absoluten Einfluß. Die letztere giebt die Interdicte so gut, als die erstere. Nur steht dem iniustus possessor von Seiten desjenigen, von dem er vi, clam oder precario besitzt, die exceptio vitiosae possessionis ab adversario entgegen, d. h. wenn zwei Besitzer einander gegenüber stehen, ein gegenwärtiger und ein ehemaliger, so siegt jener, wenn er entweder iustus possessor oder iniustus von einem Andern ist, nicht aber, wenn von dem Letzteren. Dieser kann ihm den Besitz abstreiten durch ein interdictum retinendae possessionis oder recuperandae possessionis.

Früher war es gewöhnlich, eine Menge Wirkungen des Besitzes aufzuzählen. Hierbei hat man Folgen, welche der Besitz als zufällige Begleiter hat, mit denen vermischt, deren wahre Ursache er ist. Dahin gehört das Retentionsrecht, welches aber auf keine Weise den Besitz zur Quelle hat. Ferner die Selbstvertheidigung; jeder Angegriffene kann sich vertheidigen, sei er Besitzer oder nicht. Ferner sagt man, „der Besitzer beweise nicht," dies ist aber nicht Folge des Besitzes, sondern der Beklagten-Eigenschaft (possessor = Beklagter). Diese kann zufällig mit dem Besitze zusammenhängen, aber es ist nicht überall wesentlich und dann ist die Regel falsch. Denselben Gehalt hat der Grundsatz: „in pari causa melior est conditio possidentis."

Daß dies keine Wirkungen des Besitzes sind, zeigt sich auch darin, daß der Besitz überhaupt nicht ein Erforderniß derselben ist, noch weniger der juristische.

Interdicta retinendae possessionis.

§. 133.

Zwei Interdicte, das interdictum uti possidetis und utrubi sind hier zu betrachten.

1) Veranlassung. Die vornehmste Veranlassung ist die Bestreitung des Besitzes, ohne daß damit schon eine thätliche Störung verbunden zu sein braucht. Die Interdicte sind präparatorische Rechtsmittel für den Streit über das Recht, petitorium. Der als Besitzer Anerkannte hat für dieses das commodum possessoris. Auch zur Vorbereitung eines Streites über ein ius in re dienen sie, obwohl hier der Besitzer nicht nothwendig der Beklagte ist. Aber der Besitzer hat doch auf diese Rolle Anspruch, und überdies den Vortheil, die Ausübung des bestrittenen Rechts nicht dem Andern bis zur Entscheidung überlassen zu müssen. Zwei Irrthümer sind zu vermeiden, zunächst 1) der, diese Interdicte für provisorische Vindicationen zu halten. Dies hat in manchen Particularrechten darauf geführt, für dieselben einen titulirten Besitz (aus dem die Wahrscheinlichkeit des Eigenthums entstehe) zu fordern, wodurch sie in der That ganz verändert und andere Rechtsmittel an ihre Stelle gesetzt werden. Ferner 2) der Irrthum als Veranlassung immer eine Gewalt, wenigstens eine zu befürchtende anzunehmen, daher sie für Delictsklagen zu halten, wie es von Savigny geschieht. Diese Interdicte haben einen provisorischen Charakter gegenüber dem Petitorium, aber nur weil ihr Grund, der Besitz, diesen Charakter hat. Sie reguliren den Besitzstand für das Petitorium. Es giebt nun auch eine Regulirung für das Possessorium selbst. Im ältern römischen Recht war ein besonderer Bestandtheil des Interdictenprocesses darauf berechnet: die fructus licitatio. Im justinianischen Recht kommt dies nicht mehr vor. In der Praxis vollzieht der Richter diese Regulirung gleich am Anfange des Possessoriums nach seinem Ermessen und der Wahrscheinlichkeit, namentlich zu Gunsten dessen, der sofort die jüngste Besitzhandlung nachweisen kann. Dazu bedarf es keines besondern Processes. Höchst unzweckmäßig hat aber die Praxis mehrerer Länder einen solchen, das summarium summariissimum daraus gemacht. Wo das possessorium ordinarium in seiner Reinheit geblieben ist, ist dies völlig unzulässig, da die Sache auf jene zweckmäßige Weise erledigt werden kann. Etwas anderes

ist es, wo das ordinarium den Charakter der possessorischen Interdicte verloren hat, und eine provisorische Vindication geworden ist. Hier ist dann in der That das summariissimum das reine interdictum retinendae possessionis, zwischen welches und das petitorium sich nur ein fremdes und unnützes Element (in dem possessorium ordinarium) eingeschoben hat. Die Veranlassung der Interdicte kann auch eine thätliche Störung sein, nur ist nicht eine Gewalt im Sinne des interdictum de vi erforderlich, sondern es reicht eine Handlung wider den Willen des Besitzers hin.

2) Begründung. Der juristische Besitz und zwar an sich der gegenwärtige. Indessen nützt dieser nichts, wenn er vi, clam oder precario vom Gegner überkommen ist. Ja in diesem Falle wird jener in Herausgabe condemnirt, so daß der siegt, welcher nicht der gegenwärtige Besitzer ist. Mithin kann auch dieser das Interdict anstellen. Dies ist eine Folge der Duplicität der Interdicte. Beide Parteien werden als Kläger und Beklagte behandelt, jeder, welcher in jener Art Recht behält, kann die Condemnation des Gegners verlangen. Die Interdicte haben daher auch recuperatorische Wirkung. Die Berufung auf das vitium kann aber durch Ablauf eines Jahres verloren gehen (s. Lehrbuch).

3) Zweck. Im Allgemeinen haben diese Interdicte die Entscheidung, wer Besitzer ist, und das Verbot künftiger Störung zum Zwecke.

Im Fall einer thätlichen Störung gehen sie auch auf Schadensersatz, nach der Praxis auf Caution, de non amplius turbando, wenn schon eine wiederholte Störung vorliegt. Wenn der Sieger nicht im Besitze ist, so erfolgt die Condemnation auf Herausgabe der Sache. Ist dieselbe unmöglich, so muß Caution durch Bürgen bestellt werden, kann sie durch Schuld des Condemnirten nicht geschehen, so geht die Condemnation auf den Werth, d. h. den Werth des Besitzes, nicht schlechthin und überall der Sache. Die L. un. C. uti poss. [1]) sagt: der Richter entscheidet über den Besitz und nach geleisteter Caution oder Herausgabe des Besitzes über das Eigenthum. Savigny [2]) und Andere be-

---

1) L. un. C. uti poss. (8, 6): Uti possidetis fundum, de quo agitur, quum ab altero nec vi nec clam nec precario possidetis, rector provinciae vim fieri prohibebit; ac satisdationis vel transferendae possessionis edicti perpetui forma servata de proprietate cognoscet.

2) Recht des Besitzes S. 489. Note 1.

haupten, die Caution beziehe sich auf das petitorium. Aber dasselbe kann beim possessorium vorkommen und da die Stelle von diesem zunächst handelt, so ist es das Natürlichste, auf dasselbe jene Bestimmung zu beziehen.

Interdicta recuperandae possessionis.

§. 134.

Dem, der den Besitz durch vis oder precario verloren hat, sind noch besondere Interdicte gegeben, interdicta recuperandae possessionis.

Warum ist dies der Fall, da schon die interdicta retinendae possessionis dieselbe Wirkung haben sollen? Dafür giebt es einen doppelten Grund: einen allgemeinen und einen speciellen für das interdictum de precario. Man kann den violentus und precarius possessor mit dem interdictum retinendae possessionis belangen, und erlangt die Restitution, aber doch nur, wenn er noch besitzt. Die interdicta recuperandae possessionis dagegen sind nicht darauf beschränkt. Mit dem interdictum retinendae possessionis kann man ferner gegen den precario possidens klagen, so lange man sich auf dieses vitium berufen kann, aber es verjährt in einem annus utilis. Dies ist nur für den Gebrauch des Precarium störend, da es einer längeren Dauer entgegentritt. Hier ist also aus diesem besonderen Grunde ein eigenes Interdict gegeben worden, das eben deshalb perpetuum ist.

Es giebt zwei interdicta recuperandae possessionis: interdictum de vi, für Grundstücke (bei beweglichen Sachen also bleibt es bei dem interdictum utrubi) und de precario, für Grundstücke und bewegliche Sachen.

Man glaubt, im älteren Recht habe es auch ein interdictum de clandestina possessione gegeben. Es werde in den Pandecten erwähnt, aber nur beiläufig, und dies sei historisch zu verstehen. Würde aber in der Stelle wirklich ein besonderes Interdict de clandestina possessione gemeint, so wäre an der Anwendbarkeit nicht zu zweifeln. Daß es sonst nicht erwähnt wird, stände nicht entgegen; es bedürfte keiner ausführlichen Theorie. Das Interdict ginge gegen den clam Besitzenden und dieser würde nicht befreit durch Verlust des Besitzes (im Unterschied vom interdictum retinendae possessionis).

Savigny [1]) hat die Anwendbarkeit noch aus dem Grunde bestritten, weil es auf Grundstücke beschränkt sei, und deren Besitz nicht mehr heimlich verloren gehen könne. Aber jene Beschränkung ist völlig problematisch, jedenfalls müßten wir das Interdict im justinianischen Recht auf den hier möglichen Fall beweglicher Sachen beziehen.

Aber in der That ist die Vorfrage, ob es je ein solches Interdict gegeben habe, nicht mit einiger Sicherheit zu bejahen. So sagt die Pandektenstelle nur, de clandestina possessione habe man ein Interdict, d. h. der Verlierende sei durch ein Interdict geschützt. Dies ist wahr, wenn es auch kein besonderes interd. recup. poss. giebt, denn er hat das interd. retin. poss.

Interdictum de vi.

§. 135.

Das interdictum de vi hat zur Voraussetzung: gewaltsame Entziehung des juristischen Besitzes (eines Grundstücks). Allgemeine Erfordernisse seiner Anwendung sind:

1) Juristischer Besitz des Klägers zur Zeit der Entziehung. Also Pächter, Kommodatare ꝛc. haben das Interdict nicht. Thibaut [1]) und einige andere Juristen haben für dies Interdict eine Ausnahme behauptet, jedoch gegen die deutlichen Aussprüche des geschriebenen Rechts. Diese Meinung hängt mit der falschen Auffassung des Ausdrucks civilis possessio zusammen. Der beraubte Detentor kann andere Rechtsmittel haben, aber nicht die Interdicte.

Manche Juristen haben geglaubt, das canonische Recht gebe ein Rechtsmittel zur Wiedererlangung einer irgend wie widerrechtlich entzogenen Sache ohne Erforderniß des juristischen Besitzes, actio spolii, dadurch werde das interdictum de vi ganz entbehrlich gemacht. Dies würde heißen, wer sich über die Entziehung einer Sache beschwert, der hat eine Klage, die gar keine Rechtstheorie hat, sondern bei welcher der Richter ganz nach seinem subjectiven Ermessen entscheidet. Es ist nicht zu zweifeln, daß manche Richter dabei sich gut stehen würden. Die actio spolii

---

1) Recht des Besitzes S. 553 f.
1) Archiv XVIII. 13.

des canonischen Rechts ist nur das interdictum de vi mit den römischen Grundsätzen, abgesehen von einer später zu erwähnenden Abweichung.

2) Gewaltsame Entziehung des Besitzes. a) Gewalt, und zwar atrox vis, Gewalt gegen die Person des Besitzers oder seines Repräsentanten, entweder wirklich ausgeübte, oder unmittelbare Drohung der corporalis vis mit Bereitschaft sie sofort ins Werk zu setzen. Nach älterem Recht wurde zwischen der vis armata und non armata unterschieden. Dort fiel die exceptio vitiosae possessionis weg. Nach neuerem Recht besteht kein solcher Unterschied, schon bei der vis non armata findet die exceptio nicht Statt. (Etwas anderes ist es, wenn der, welcher die Gewalt ausgeübt hatte, sofort wieder dejicirt wird, denn hier hatte derselbe nie besessen, folglich war der Besitz nicht vi verloren).

b) Verlust des Besitzes durch jene Gewalt, deiectio. Daher kann, wenn jemand ein Grundstück in Abwesenheit des Besitzers occupirt, das interdictum de vi keine Anwendung finden, 1) weil keine Gewalt, 2) weil kein Besitzverlust stattgefunden hat. Dessenungeachtet hat Justinian[2]) bestimmt, der Occupant solle wie derjenige behandelt werden, der vi besitzt. Wahrscheinlich bezieht sich diese Stelle auf die Strafe der Selbsthülfe, welche den trifft, der gewaltsam fremde Sachen occupirt. Auch soll er erst durch Ablauf von 30 Jahren geschützt sein. Welche Klage hat Justinian hier im Sinne? Zunächst lassen die Worte auf das interdictum de vi schließen. Dies wäre also hier eine ganz willkührliche singuläre Bestimmung, die nicht weiter ausgedehnt werden darf. Denkbar wäre aber auch, daß das interdictum uti possidetis gemeint ist, nur freilich ausnahmsweise mit Ausdehnung auf 30 Jahre.

3) Das römische Recht beschränkt das Interdict auf unbewegliche Sachen. Daher ist Dejection ein Erforderniß desselben, und dies ist außerdem noch ausdrücklich bestimmt. Ebenso gewiß aber ist, daß das canonische Recht die actio spolii nicht in gleicher Weise einschränkt, daß es vielmehr dieselbe auch für bewegliche Sachen zuläßt. Controvers ist, ob nicht schon in L. 7. C. unde vi[3])

---

2) L. 11. C. unde vi (8, 4).

3) L. 7. C. unde vi (8, 4): Si quis in tantam pervenerit furoris audaciam, ut possessionem rerum apud fiscum vel apud homines quoslibet constitutarum ante eventum iudicialis arbitrii violenter invaserit, dominus

eine Ausdehnung auf bewegliche Sachen enthalten ist, was z. B. Savigny[4]) annimmt. Gewiß wird in L. 7. ein Besitzschutz für den vorausgesetzt, welcher durch Gewalt um den Besitz beweglicher Sachen gekommen ist. Viele haben Savigny's Meinung bestritten, ohne ein anderes Rechtsmittel zu nennen. Es giebt aber ein solches. Die oben ausgesprochene Ansicht von der recuperatorischen Kraft der interdicta retinendae possessionis läßt uns die richtige Erklärung dieser Stelle geben. Es ist das interdictum utrubi, welches dem Besitzer zusteht.

Nach römischem Recht kann nur der Dejicient belangt werden, oder derjenige, welcher durch einen Andern hat dejiciren lassen. Das canonische Recht giebt das Interdict auch gegen den dritten Besitzer, wenn er um die Gewalt wissend in den Besitz gekommen ist.

Interdictum de precario.

§. 136.

Das Precarium fordert Gestattung auf der einen Seite, ausdrückliche oder stillschweigende Ausübung in diesem Sinn auf der andern Seite, also Annahme der Erlaubniß. Dies wird sich gewöhnlich in der Bitte zeigen, von welcher der Act den Namen hat. Aber die preces sind nichts unbedingt erforderliches, sondern es reicht hin, wenn nur sonst eine Anerkennung der precären Erlaubniß stattgefunden hat.

Quasibesitz eines Rechts.

Begriff und Umfang.

§. 137.

Nur körperliche Gegenstände können eigentlich besessen werden, die possessio ist corporis possessio, nur in diesem Falle ist der Begriff des Besitzes möglich. Dies schließt nicht aus, daß ein analoges Verhältniß zu Rechten dem Besitz analog behandelt wird (Quasibesitz, iuris quasi possessio).

---

quidem constitutus possessionem, quam abstulit, restituat possessori et dominium eiusdem rei amittat. Sin vero alienarum rerum possessionem invasit, non solum eam possidentibus reddat, verum etiam aestimationem earundem rerum restituere compellatur.

4) Recht des Besitzes §. 40.

Die Folge davon ist, daß auch hier das factische Verhältniß, d. h. die factische Ausübung eines Rechts mit selbstständigen Wirkungen bekleidet ist, wie die natürliche Unterwerfung einer Sache. Diese Wirkungen können sein: Entstehung des Rechts durch den Act der Ausübung (Quasitradition), Publiciana, Entstehung des Rechts durch fortgesetzte Ausübung (Quasiusucapion), endlich Schutz der Ausübung durch possessorische Interdicte, wenigstens bis über das Recht entschieden ist.

Der Vergleichungspunkt ist, daß wie der körperliche Besitz Ausübung des Eigenthums, so der Quasibesitz Ausübung des Rechts ist. Der äußere Act der Ausübung ist dem corpus des eigentlichen Besitzes gleich; dazu muß der animus kommen. Aber nur bei den Rechten, welche eine dauernde Ausübung haben, ist diese Auffassung der Ausübung als Besitz denkbar. Wo die volle Ausübung nur ein Moment ist, mit dem das Recht selbst aufhört, kann von einem Besitz nicht die Rede sein, jene Wirkungen selbst sind undenkbar.

Daher ist die Annahme eines Besitzes unmöglich bei der Ausübung der Obligationen. Die volle Ausübung der Obligatio ist die Erfüllung, welche auch das Recht beendigt. Also kann hier weder von einer Ersitzung noch von einem possessorischen Schutz die Rede sein. Es ist eine der größten Verkehrtheiten, wenn einige frühere Praktiker einen solchen Besitz, namentlich bei der Zinsenzahlung, annahmen.

Mit demselben Recht könnte ein Eigenthumsbesitz angenommen werden, wenn der Eigenthümer z. B. die rei vindicatio anstellte. Dies würde keine Grenze haben, das ganze Besitzinstitut würde zu einer Lächerlichkeit werden. Ebenso ist kein Besitz am Pfandrecht möglich, während der Pfandgläubiger dagegen die corporis possessio haben kann, s. oben. Diese corporis possessio steht dem Emphyteuta zu, weshalb auch hier nicht von einer iuris possessio die Rede sein kann. Dasselbe haben Einige mit Unrecht für den Superficiar behaupten wollen. Er hätte nur den Besitz der Superficies, der nicht corporis possessio sein kann[1]). Wollten wir ihm den körperlichen Besitz des solum einräumen,

1) L. 44. §. 1. D. de O. et A.: **si quis dixerit, se solum sine superficie tradere, nihil proficit, quo minus et superficies transeat, quae natura solo cohaeret.**

so würde sein Besitz ohne Grund über sein Recht weit hinausreichen. Die Ausübung folgender Rechte, namentlich auch durch possessorische Interdicte, wird theils nach römischem, theils nach canonischem und deutschem Recht als Quasibesitz behandelt:

1) Die Superficies.

2) Die Servituten. Dies ist für das römische Recht der wichtigste Fall des Quasibesitzes. Die Quasitradition ist eine prätorische Bestellungsart, welche die Publiciana giebt, die Ersitzung ist darauf angewendet worden, endlich die possessorischen Interdikte, wodurch die Ausübung gegen widerrechtliche Störung geschützt, und eben damit die factische Ausübung, als ein Recht, gleich der corporis possessio anerkannt wird.

3) Die Kirchengewalt, theils überhaupt, theils in ihren einzelnen Zweigen.

4) Die gutsherrliche Jurisdiction.

5) Reallasten: Rechte auf fortdauernde Präftationen, die zum Theil eine obligatorische, zum Theil eine dingliche Natur haben. Dies letztere erhalten sie durch ihre Verknüpfung mit Grundstücken, deren Eigenthümer die Berechtigten und Verpflichteten sind. Die erstere zeigt sich darin, daß ihr Inhalt nicht selbst rein durch eine Sache gewährt wird, sondern eine Thätigkeit des Verpflichteten dabei vorkommt, die sogar ohne allen Zusammenhang mit der Bestimmung und den Kräften der Sache sein kann, z. B. Frohnden, die der Eigenthümer eines Grundstücks zu leisten hat, Grundzinse, Bannrechte, welche darin bestehen, daß er gewisse Bedürfnisse (und dies können ganz persönliche sein) allein von dem Berechtigten beziehen darf. Oder sie gehen wenigstens über die Leistungen der Sache hinaus, wie die Zehnten, die von Früchten gegeben werden, welche durch Thätigkeit des Besitzers hervorgebracht worden. Dadurch unterscheiden sie sich von den Servituten überhaupt; von den Personalservituten noch durch ihre Nichtbeschränkung auf eine Person, von den Realservituten dadurch, daß das Recht nicht mit den Bedürfnissen eines Grundstückes nothwendig zusammenhängt. Die Reallasten sind die wichtigsten Gegenstände des Quasibesitzes unter denen, welche aus dem deutschen Recht stammen.

Erwerb und Verlust des Quasibesitzes.

§. 138.

Der Erwerb des Quasibesitzes bestimmt sich analog dem der corporis possessio, er besteht auch hier in der Hervorbringung beider Elemente des Besitzes in der Person des Erwerbers: Apprehension und animus. Jenes ist der äußere Act der Ausübung, dieses der auf die Ausübung des Rechts gerichtete Wille, nicht die Meinung, aber die Behauptung des Rechts, sei es bona oder mala fide [1]).

Der Erwerb gestaltet sich nach diesem gemeinschaftlichen Princip verschieden bei den verschiedenen Rechten, weil ihre Ausübung eine verschiedene Gestalt hat.

1) Zur Ausübung mancher Rechte gehört die Detention der Sache. Hier wird der Quasibesitz erworben mit der Apprehension des natürlichen Besitzes der Sache, den Animus vorausgesetzt. So bei der Superficies und bei den Personalservituten.

2) Bei andern Rechten besteht die Ausübung in der Vornahme einer Handlung oder Errichtung einer Anstalt. Der Erwerb des Besitzes geschieht durch Vornahme dieser Thätigkeit mit dem erforderlichen Animus. So bei den positiven Realservituten, ferner bei der Jurisdiction.

3) Bei Rechten, die auf ein Unterlassen gehen, wie bei den negativen Realservituten ist die Ausübung die Unterlassung. Aber die bloße Unterlassung ist kein Act, an den sich der animus possidendi als ein erkennbarer anknüpfen könnte. Die Unterlassung könnte aus einem ganz andern Grunde geschehen, als wegen der Servitut, z. B. das altius non tollere. Es muß also ein Act hinzukommen, der ein Ausdruck des Animus wird, so daß diese Unterlassung zugleich sich als Anerkennung der Behauptung eines Rechts darstellt. Auf doppelte Weise ist dies möglich: a) durch Verbot der Handlung, wenn der Dienende sie vornehmen wollte, und Unterlassung derselben in Folge dieses Verbots. Dies ist nur denkbar, wenn ein Versuch zur Handlung gemacht ist. b) Durch Erklärung des Dienenden, die Handlung unterlassen zu wollen, an den das Recht Behauptenden, wenn dieser sie annimmt. Also mit andern Worten, durch das Rechtsgeschäft, wodurch die Servitut bestellt wird.

---

1) L. ult. D. quemadmod. servit. (8, 6.) L. 7. D. de itin. (43, 19.)

4) Rechte, die zu einem Thun zum Vortheil des Berechtigten verpflichten, Reallasten. In dieser Leistung besteht die Ausübung und mithin auch die Apprehension des Besitzes. Der Besitz ist erworben, wenn die Leistung als solche geschehen und angenommen ist. Der Eine muß sie als Pflicht gethan, der Andere als Recht angenommen haben. Mithin gehört nicht hierher der Fall, wenn ich jemand zur Ernte aus Gefälligkeit ein Gespann gestellt habe oder er mein Geschirr gemiethet hatte.

5) Bei den Bannrechten kommt noch zu dem Thun ein Unterlassen hinzu, sie enthalten die Pflicht, etwas von dem Betheiligten, nicht von einem Andern zu beziehen. Von dem Erwerb des Besitzes derselben gelten daher die Grundsätze von den negativen Servituten. Die bloße Unterlassung des Bezugs von Andern reicht aber nicht hin, sondern es ist ein den Animus erkennbar machender Act erforderlich: Verbot und Folgeleistung, Erklärung und Annahme.

Der Verlust geschieht durch Aufhören der äußeren Handlung der Ausübung oder des Animus. Animo durch Aufgeben des Besitzes (gleichviel ob das äußere Factum der Ausübung fortdauert oder nicht); hinsichts des Corpus dagegen nicht schon durch Nichtausübung, die Fortdauer des Zustandes bei der Apprehension ist nicht erforderlich, sondern der Besitz wird erst durch die Unmöglichkeit verloren, sich beliebig wieder in diesen Zustand zu versetzen. Bei der Anwendung dieses Princips auf die einzelnen Fälle ergiebt sich folgendes:

1) Bei den persönlichen Servituten und Superficies geht der Besitz durch Verlust der Detention der Sache verloren; also sowie die Möglichkeit auf sie zum Zweck der Ausübung jener Rechte einzuwirken, nicht beliebig reproducirt werden kann. Eine Fortsetzung des Besitzes durch Stellvertretung ist möglich.

2) Der Besitz von Realservituten, welche zu Handlungen berechtigen, wird fortgesetzt, nicht bloß durch Vornahme der Handlung für das herrschende Grundstück von jedem, der sie für das Grundstück vornimmt, sondern auch ohne dies, bis die Handlung des Quasibesitzes unmöglich wird, z. B. durch Abhaltung oder eine hindernde Anstalt, sofern sich der Besitzer dabei beruhigt. — Allerdings aber ist zu der Wirkung des Besitzes als dauernden Zustandes nicht bloß der Nichtverlust, sondetn eine wirkliche Ausübung (wenn auch nicht eine ununterbrochene) erforderlich:

so bei der Usucapion (s. §. 139) und auch bei dem Jurisdictions-recht.

3) Der Besitz der Realservituten, welche zu einer Anstalt berechtigen, wird fortgesetzt durch den Besitz des herrschenden Grundstücks mit dieser Anstalt; verloren mit dem Besitz des herrschenden Grundstücks und mit der Entfernung der Anstalt, so daß es nicht in dem Belieben des Besitzers steht, sie sofort wieder herzustellen.

4) Bei negativen Realservituten erfolgt der Verlust durch Vornahme einer Handlung oder Errichtung einer Anstalt von Seiten des Gegentheils, wenn nicht der Berechtigte durch sofortigen Gebrauch der possessorischen Interdicte diesen Verlust verhütet. Außerdem durch den Verlust des Besitzes am herrschenden Grundstück.

5) Bei Reallasten wird der Besitz nicht schon durch Ausbleiben der Leistung verloren, sondern erst, wenn der Verpflichtete sie mit der Behauptung, frei davon zu sein, verweigert und der Besitzer nicht sofort dagegen durch possessorische Klagen den Besitz conservirt.

Schutz des Quasibesitzes.

§. 139.

Die Wirkungen des Quasibesitzes sind: 1) die Publiciana im Fall der Quasitradition. 2) Möglichkeit der Ersitzung. 3) Die possessorischen Interdicte. Es ließe sich denken, daß diese letzteren nicht bei allen Rechten, bei denen ein Besitz denkbar ist, gegeben worden seien, wenn nämlich kein Bedürfniß war, einen von dem petitorischen unabhängigen Schutz zu gewähren. Nach heutigem Recht indessen werden in allen Fällen des Quasibesitzes auch possessorische Interdicte gegeben, wenn schon nicht überall die interdicta retinendae possessionis, weil ihre Voraussetzungen nicht überall anwendbar sind.

Interdicta retinendae possessionis.

1) Es giebt Realservituten, die in dem Besitz des herrschenden Gebäudes mit besessen werden, indem ihr Inhalt als eine Qualität desselben zu betrachten ist, z. B. servitus tigni, oneris, proiiciendi, fumum immittendi u. s. w. Eine Störung ihrer Ausübung ist daher zugleich Störung des Besitzes der Gebäude selbst, der corporis possessio. Wer mich verhindert, die Servitut

auszuüben, hindert mich an dem vollen Gebrauch meines Hauses, wie es jetzt steht. Darum ist bei jeder solchen Störung das interdictum uti possidetis aus der corporis possessio begründet, es bedarf keines besondern quasipossessorischen Interdicts.

Dies ist eine innere Nothwendigkeit und wir müßten es annehmen, wenn auch kein Wort davon im geschriebenen Recht stände, es folgt mit Nothwendigkeit aus der Beschaffenheit dieser Servituten, ihres Besitzes und der Existenz und Natur des interdictum uti possidetis.

Daher ist es eine übereilte Behauptung, wenn Vangerow[1]) diese Annahme eine uncivilistische nennt. Sein innerer Grund ist, der wesentliche Zweck des Interdicts die Parteirolle für das Petitorium zu bestimmen, falle bei allen Realservituten weg, weil die confessoria nicht vom Besitz abhängt. Diese Behauptung ist aus drei Gründen unrichtig: 1) ist dies nicht der wesentliche und nothwendige Zweck, auch da, wo von gar keinem Petitorium die Rede ist, findet das Interdict Anwendung. 2) Bei dem Servitutenstreit kann auch der Besitzer klagen, aber er braucht es nicht und kann sich eben durch die Interdicte den Vortheil, Beklagter zu sein verschaffen; besonders aber 3) den Vortheil der Ausübung während des Processes über das Petitorium. Alles dieses macht eben die possessorischen Rechtsmittel nirgends häufiger und gesuchter als bei Servituten, was nur bei einiger practischen Erfahrung jedem sich ergiebt. Jener Jurist hätte sich auch schon dadurch von dieser Behauptung abhalten lassen sollen, daß mit demselben Grunde die Unstatthaftigkeit des interdictum uti possidetis beim Quasibesitz des Usus fructus behauptet werden könnte.

Die Ansicht beruht auf einer Verwechselung jener Wahrheit mit dem alten Irrthum, der bei allen Realservituten das interdictum uti possidetis zuläßt (s. unten). Wie verhält es sich nun im geschriebenen Recht? L. 8. §. 5. D. si serv.[2]) enthält in der That, was oben aus innern Gründen deducirt worden ist. Es ist eine unbegreifliche Behauptung Vangerows, die Schlußworte seien nicht auf den Servitutstreit zu beziehen, von dem die ganze

1) Leitfaden §. 355.

2) L. 8. §. 5. D. si serv. (8, 5): — — agique sic posse cum eo, qui eum fumum immittat, ius ei non esse fumum immittere. Ergo per contrarium agi poterit, ius esse fumum immittere, quod et ipsum videtur Aristo probare. Sed et interdictum uti possidetis poterit locum habere, si quis prohibeatur, qualiter velit, suo uti.

Stelle handelt (die dazwischen stehenden Wort sind nur: quod et ipsum videtur Aristo probare). Noch entschiedener ist L. 3. §. 6. D. uti poss.[3]), die Vangerow übersehen hat, ungeachtet er die unmittelbar vorhergehende[4]) für seine Meinung anführt. Darin glaubt er, sei die Behauptung enthalten, daß über die Frage, quis possessor proiectionis sit, gar nicht gestritten werden könne, weil das interdictum uti possidetis nicht Statt habe.

Indessen wird hier nur die Unwirksamkeit des Interdicts in einem gewissen Fall („utrique esse inutile") behauptet. Dies könnte der Jurist gar nicht sagen, wenn es überhaupt kein interdictum uti possidetis für den bezeichneten Fall gäbe.

2) Es giebt Rechte, welche in der Detention der Sache besessen werden. Solche sind Personalservituten und Superficies. Auf diese ist das interdictum uti possidetis angewendet worden, das der Usufructuar aus seinem Quasibesitz anstellt, wie der Proprietar aus seiner corporis possessio. Hier liegt also ein auf den Quasibesitz ausgedehntes interdictum uti possidetis und utrubi vor, das ebendadurch von dem Fall sub 1 unterschieden ist. Für die Superficies giebt es ein besonderes Interdict, de superficie, das aber ganz wie das interdictum uti possidetis behandelt wird.

3) Bei dem Besitz von Realservituten, deren Ausübung in getrennten Handlungen besteht, servitutes praediorum rusticorum, ist das interdictum uti possidetis nicht möglich, a) nicht in der Art, wie bei den servitutes praediorum urbanorum, weil der Besitz jener Servituten nicht im Besitz des herrschenden Grundstücks liegt, so daß man sagen könnte, der darin Gestörte sei in der corporis possessio dieses gestört, b) auch nicht in der Art wie bei den Personalservituten, durch einfache Uebertragung. Denn die Frage des gegenwärtigen Besitzes bedarf hier einer besonderen Normirung, weil die Ausübung nur unterbrochen, nicht wie bei dem Besitze einer Sache ein Continuum ist. Wenn nur der siegen sollte, welcher z. B. gegenwärtig über das Grundstück geht, so wird niemand siegen können, weil er bei der Anbringung des

3) L. 3. §. 6. D. uti poss. (43, 17): — an quo facilius possim retinere possessionem eius protectionis, interdico tecum: Sicuti nunc possidetis eas aedes, ex quibus proiectus est —.

4) L. 3. §. 5. D. eod.: Item videamus, si proiectio supra vicini solum non iure haberi dicatur, an interdictum Uti possidetis sit utile alteri adversus alterum. Et est apud Cassium relatum, utrique esse inutile, quia alter solum possidet, alter cum aedibus superficiem.

Interdicts begreiflich nicht jenen Gang thut. Also ist die Frage zu entscheiden, wer soll als gegenwärtiger Besitzer gelten, und darum sind hier besondere Interdicte gegeben. Die sonst gewöhnliche Ansicht, daß das interdictum uti possidetis Anwendung finde, ist entschieden irrig.

Besondere Interdicte haben die Römer gegeben bei den Wegservituten, der Wasserleitung, den Wasserschöpfservituten: das interdictum de itinere actuque privato, interdictum de aqua (bei der Ausbesserung de rivis), de fonte (de fonte reficiendo). Das interdictum de itinere reficiendo ist kein possessorisches, s. unten §. 400. — Für die übrigen giebt es keine (nicht also etwa das interdictum uti possidetis).

Die Frage nach dem Grund dieser Beschränkung erledigt sich dadurch, daß man hier besonders den Vortheil im Sinne gehabt hat, welchen man sich durch das Interdict verschafft, die Ausübung einstweilen bis zur Entscheidung über das Recht zu schützen. Ein Bedürfniß dafür war in den Fällen vorhanden, wo außerdem die Agricultur gestört wurde. Dies war bei den Römern in Bezug auf jene Servituten, nicht bei den andern der Fall. Z. B. servitus arenae fodiendae, calcis coquendae etc.

Die Theorie jener Interdicte, theils die allen gemeinschaftliche, theils die specielle, ist folgende:

1) Sie setzen den juristischen Besitz voraus.

2) Als gegenwärtiger Besitz gilt Ausübung im letzten Jahre, rückwärts von der Zeit der Anstellung. Bei dem interdictum de aqua aestiva ist dieser Zeitraum noch zum Vortheil des Klägers erweitert, indem die Ausübung in diesem (oder dem letzten) und dem vorigen Sommer berücksichtigt wird. Wird ein äußeres Hinderniß als Ursache der Nichtausübung im letzten Jahre nachgewiesen, so wird auf das vorletzte Jahr zurückgegangen. Der Successor kann sich die Zeit seines Auctors anrechnen.

Bei dem interdictum de aqua und de fonte ist Eine Ausübung innerhalb jener Zeit hinreichend. Dies ist temperirt durch das Erforderniß der bona fides, daher steht eine bewiesene mala fides der Wirkung dieser Interdicte entgegen.

Bei dem interdictum de itinere ist eine öftere Ausübung gefordert. Der Grund ist folgender: Dort setzt die Ausübung gewisse Anstalten voraus, die an sich etwas Dauerndes haben, die Ausübung ist überhaupt umständlicher; hier dagegen ist dies

nicht der Fall. Für jene Ausübung ist ein modicum tempus festgesetzt, aber dies darf nicht weniger als 30 Tage betragen. Versuche, die Stelle, welche diese Bestimmung enthält[5]), anders zu erklären, sind sprachlich nicht möglich. Wir müssen die Bestimmung aber einschränken auf Wegservituten, die das ganze Jahr in Ausübung sind, nicht z. B. bloß wegen der Erndte.

3) Ueber die exceptio vitiosae possessionis s. das Lehrbuch.

Heutzutage ist es Bedürfniß, noch bei andern Servituten possessorische Interdicte zuzulassen, z. B. bei dem Weiderecht, das bei uns eine sehr bedeutende Rolle unter den Servituten spielt, während es im römischen Recht kaum erwähnt wird (wahrscheinlich weil durch eine öffentliche Weide für das Bedürfniß mehr gesorgt war). Dieser Besitzschutz wird nach Analogie der römischen Servitutinterdicte erledigt. Also wird erfordert juristischer Besitz und Ausübung im letzten Jahr. Nach Beschaffenheit der Servitut wird sodann entweder die Analogie der aqua oder des iter und actus einzutreten haben.

Bei den Reallasten ist als gegenwärtiger Besitz die Ausübung bei der letzt vorgekommenen Gelegenheit, oder wenn diese nicht, wie der Zehnt, auf besondere Zeiten beschränkt ist, im letzten Jahr zu betrachten. Eine einmalige Ausübung für hinreichend zu halten, hat hier kein Bedenken, da keine einseitige Handlung, sondern die Thätigkeit des Andern dazu gehört.

Interdicta recuperandae possessionis.

Diese giebt das römische Recht nur bei den Rechten, die mit einer Detention der Sache verknüpft sind, bei den Personalservituten und Superficies. Hier ist eine Dejection möglich, und daher das interdictum de vi statthaft, wofür der Prätor in der Anwendung auf den Ususfructus eine besondere Formel auf vi prohiberi uti frui gab. Nicht dagegen sind sie anwendbar bei den übrigen Rechten, quia nemo de mero iure detruditur. Man hat die Spolienklage auch auf die übrigen Rechte anwenden wollen, doch liegt ein Bedürfniß, ein recuperatorisches Rechtsmittel hier zu geben, in der That nicht vor.

Das interdictum de precario setzt eine Veräußerung des Rechts voraus, weil nur so der juristische Quasibesitz übertragen werden konnte. Daher kann es nur bei der Superficies vor-

---

5) L. 1. §. 2. D. de init. (43, 19.) Vgl. Note o des Lehrbuchs.

kommen. Bei den neueren Rechten nur unter der gleichen Voraussetzung.

Etwas anderes ist precaire Gestattung durch den Eigenthümer, worauf die exceptio precariae possessionis gegen den Quasibesitzer sich bezieht.

Fünftes Buch.
Die Rechte an Sachen.

Erstes Kapitel.
Allgemeines.

Dingliche Rechte.

§. 140.

Nach der Eintheilung der Klagen hat man auch eine ihr entsprechende Eintheilung der Rechte in dingliche und persönliche angenommen. Dann wird aber der Ausdruck „dingliches Recht" auch in einem viel bestimmteren Sinn als Recht an einer Sache gefaßt. Jener allgemeine Gebrauch hat viele Verwirrungen und Irrthümer hervorgerufen. Es ist nothwendig, ihn ganz zu vermeiden. S. das Nähere im Lehrbuch.

Classification der Rechte an Sachen.

§. 141.

S. im Lehrbuch. Zu bemerken ist hier noch, daß an einer herrenlosen Sache kein ius in re entstehen kann, aber Servituten, Pfandrecht ꝛc. hören dadurch nicht auf, daß die Sache herrenlos wird.

Revocabilität dinglicher Rechte.

§. 142.

Ein Recht an der Sache kann jemandem so zustehen, daß die Dauer desselben beschränkt ist, ohne daß die Beschränkung durch

die Natur derselben bedingt ist. In diesem Falle ist das Recht ein revocables. So das Eigenthum, welches ohnehin seiner Natur nach in seiner Dauer nicht begränzt ist, also nur willkührlich einer Beschränkung solcher Art unterliegen kann. Nicht dahin gehören dagegen die persönlichen Servituten, darum daß sie ihrer Natur gemäß eine auf das Individuum beschränkte Dauer haben, wohl aber wenn ihnen noch eine andere Beschränkung willkührlich beigefügt ist. Bestimmter ausgedrückt wird ein Recht revocabel, durch eine Resolutivbedingung oder einen Endtermin. Welche Wirkung äußert nun die Revocabilität 1) auf das Recht selbst a) vor, b) nach Eintritt des Umstands, der es aufheben soll; 2) auf andere Rechte, die sich von jenem ableiten?

1) Wirkung der Revocabilität auf das Recht vor dem Eintritt des Endigungsgrundes. Die Revocabilität hat hier keine Wirkung, das Recht besteht so vollkommen, wie wenn ihm keine Endigung bevorstände. Wenn also das Recht an einen Andern fallen soll, so hat dieser jetzt kein Recht an der Sache[1]).

2) Wirkung auf das revocable Recht nach dem Eintritt des Endigungsgrundes.

a) Formelle Wirkung. Bei der Frage, ob das Recht ipso iure sich endigt, oder nur ein Recht auf Aufhebung, beziehungsweise Rückgabe, begründet wird, ist zwischen Bedingung und Endtermin zu unterscheiden. Der Eintritt der Resolutivbedingung hebt das Recht ipso iure auf, das Eigenthum also fällt ohne weitere Thätigkeit an den Ertheiler zurück; dieser gilt im Moment des Eintritts als Eigenthümer, hat daher die Vindication, nicht eine bloße persönliche Klage auf Rückübertragung. Natürlich kann der Berechtigte auch eine Contractsklage gebrauchen, wenn er etwa diese vorzieht, und die Bedingung durch den Contract gesetzt ist, z. B. bei Verkauf auf die actio venditi. Dieser Rückfall ipso iure geht aus der Natur der Bedingung hervor, er wird aber auch auf das unzweideutigste im geschriebenen Recht ausgesprochen, insbesondere in L. 41. pr. D. de R. V. und L. 4. C. de pact. inter emt.[2]). Diese Stellen zeigen auch, daß es auf

1) Vgl. insonderheit L. 4. §. 3. 4. D. de in diem add. (18, 2.) cit. (Note a des Lehrbuchs.)

2) L. 41. pr. D. de R. V. (6, 1): Si quis hac lege emerit, ut si alius meliorem conditionem attulerit, recedatur ab emtione, post allatam conditionem iam non potest in rem actione uti. Sed et si cui in diem addictus sit fundus, antequam adiectio sit facta, uti in rem actione potest, postea

die gebrauchten Worte, z. B. inemtus fieret, inemtus sit, nicht ankommt, wie manche ältere Juristen geglaubt haben. Alles hängt ebenso davon ab, was die Parteien intendirten, ob eine Bedingung, oder nicht. Jene Meinung ist nur entstanden, um einen angeblichen Widerspruch zu beseitigen, der in L. 3. C. de pact. inter. emt.[3]) gelegen sein sollte. Ueber eine noch weitergehende, aber höchst leichtsinnige Meinung s. Note b a. E. Es ist nicht mehr nöthig, sie erst zu widerlegen. — Eine Suspensivbedingung hat für den jetzigen Eigenthümer die Wirkung einer Resolutivbedingung[4]).

Ein Endtermin hebt das Recht nicht ipso iure auf, er giebt nur ein Recht, seine Aufhebung oder Unwirksamkeit zu fordern, entweder durch Exceptio, oder durch eine persönliche Klage. Dies hat Ausnahmen 1) aus innern Gründen, bei den persönlichen Servituten. Diese sind ihrer Natur nach auf eine Zeit beschränkt, nur auf eine unbestimmte, die Lebenszeit des Berechtigten. Dieselbe Wirkung wird hier auch eine bestimmte Zeit haben müssen.

2) Durch singuläre Bestimmung, z. B. in Beziehung auf das Eigenthum des Ehemanns an Dotalsachen. Dieses ist revocabel durch einen Endtermin. Nach ius commune wirkt dessen Eintritt, die Auflösung der Ehe, eine Forderung gegen den Ehemann oder Erben auf Rückgabe für den, an welchen die Dos fällt. Eigenthümer wird dieser erst durch Restitution. Dieser Grundsatz gilt auch als Regel. Nur für die Frau, wenn sie die Berechtigte ist, besteht eine Ausnahme. Justinian hat nämlich dieselbe auf alle mögliche Weise sichern wollen[5]). Schon nach

---

non poterit. — L. 4. C. de pact. inter emt. (4, 54): Commissoriae venditionis legem exercere non potest, qui post praestitutum pretii solvendi diem non vindicationem rei eligere, sed usurarum pretii petitionem sequi maluit.

3) Vgl. über diese Stelle und überhaupt den Excurs in Beilage XIII.

4) L. 66. D. de R. V. (6, 1.)

5) L. 30. C. de iur. dot. (5, 12): In rebus dotalibus sive mobilibus sive immobilibus seu se moventibus, si tamen exstant, sive aestimatae sive inaestimatae sint, mulierem in his vindicandis omnem habere post dissolutum matrimonium praerogativam (iubemus) et neminem creditorum mariti, qui anteriores sunt, posse sibi potiorem causam in his per hypothecam vindicare; cum eaedem res et ab initio uxoris fuerint et naturaliter in eius permanserint dominio. Non enim quod legum subtilitate transitus earum in patrimonium mariti videatur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est. Volumus itaque eam in rem actionem in huiusmodi rebus quasi propriis habere, et hypothecariam omnibus anteriorem possidere, ut sive ex naturali iure eiusdem mulieris res esse intelligantur, sive secundum legum subtilitatem ad mariti substantiam pervenisse videantur, per utramque viam, sive in rem sive hypothecariam ei plenissime consulatur — —.

älterem Recht hatte sie im Fall des Concurses ein privilegium exigendi, Justinian gab ihr noch eine gesetzliche Hypothek, endlich aber auch das Recht der Vindication, wenn die Sache noch vorhanden ist, so daß also das Eigenthum ipso iure an sie zurückfällt. Aber dieser Rückfall hat zwei Voraussetzungen: 1) die Sachen müssen vorhanden, res exstantes sein, nicht bloß natürlich existirend, denn dies als Beschränkung zu erwähnen, würde thöricht gewesen sein. Mithin wird eine Veräußerung nicht rescindirt. 2) Die Frau muß nicht etwa den andern Weg der Befriedigung vorziehen (was unter Umständen vortheilhafter sein kann, z. B. wenn die Sachen durch Schuld des Mannes beschädigt sind). Dann aber soll dies sogar von den res aestimatae gelten, obwohl dieselben eigentlich gar nicht mehr Dotalsachen sind. Unter diesen Voraussetzungen also wird die Frau als Eigenthümerin von Trennung der Ehe an behandelt. Dies kann man, im Gegensatz gegen die Nothwendigkeit einer Eigenthumsübertragung, Rückfall ipso iure nennen, nur ist hier die Sache nicht so aufzufassen, als wenn gar keine Erklärung der Frau dazu gehörte. Wegen dieser Voraussetzungen gilt doch noch auch hier die Regel als Regel.

Manche ältere Juristen haben in diesen Rückfall fälschlich mehr hineinlegen wollen, als darin liegt, indem sie namentlich durch die Voraussetzungen denselben vernachlässigten. Auf der andern Seite hat Löhr[6]) mit Unrecht jede Aenderung durch Justinian in dieser Hinsicht geleugnet. Die Stelle unterscheidet unverkennbar zwischen der rei vindicatio und actio hypothecaria. Ein dritter Irrthum ist, mit Mühlenbruch[7]) diese Singularität zur Regel machen zu wollen. Endtermin und Bedingung haben ihrer Natur nach verschiedene Wirkung.

b) Materielle Wirkung: von welcher Zeit an wird das Recht als aufgehoben oder unwirksam behandelt?

Bei der Bedingung beantwortet sich die Frage nach der Natur der Bedingung so: die Bedingung wird retrotrahirt, daher muß die Sache so behandelt werden, als hätte das Recht von Anfang an (von dem Geschäft an, welches die Bedingung enthält) nicht existirt. Die Aufhebung geschieht daher rückwärts, resolvitur ex tunc. S. oben die Lehre von den Bedingungen, namentlich auch in Beziehung auf Früchte.

---

6) Magazin IV. S. 72. ff.
7) Lehrbuch §. 267.

Bei dem Endtermin ist die bisherige Dauer anzuerkennen, resolvitur ex nunc. Dies hat keine Ausnahme, auch in jenen Fällen, wo eine Aufhebung ipso iure eintritt. Die persönliche Klage geht allerdings auf die Früchte von der Zeit an, wo die Verbindlichkeit zur Restitution eintrat, aber nicht auf die früheren.

3) Wirkung auf andere Rechte, die sich von dem revocablen Recht ableiten.

a) Der revocable Eigenthümer hat die Sache während seines Eigenthums veräußert oder iura in re bestellt, wozu er berechtigt war. Was ist nun das Schicksal dieser Rechte finito dominio revocabili? Man stellt dafür gewöhnlich die Regel auf: resoluto iure dantis resolvitur ius accipientis; diese ist aber zu allgemein gefaßt.

Wo die Revocabilität bloß eine persönliche Klage giebt, mit der sie geltend zu machen ist, da werden durch sie niemals die von dem revocablen Eigenthümer verliehenen Rechte betroffen. Hat er veräußert, so kann, eben weil die Klage nur eine persönliche ist, nicht gegen den Besitzer geklagt werden, und was von der totalen gilt, gilt natürlich auch von der partiellen Veräußerung. Der zur Rückerwerbung Berechtigte kann nur gegen den revocablen Eigenthümer auf Rückgabe oder Interesse, z. B. mit der actio redhibitoria klagen.

Wo das Eigenthum ipso iure wegen eines Endtermins zurückfällt, also in dem oben erwähnten Ausnahmsfall, bleiben die bisherigen Wirkungen des Eigenthums, also das verliehene Eigenthum, Servitut, Pfandrecht, nicht minder stehen.

Anders ist es dagegen bei der Endigung durch eine Bedingung. Die resolutio ex tunc bringt es mit sich, daß alle bisherigen Wirkungen des revocablen Eigenthums vernichtet werden, also alle Rechte, die aus dem Dasein dieses revocablen Eigenthums sich ableiten (welches eben als bloßes Scheindasein sich erwiesen hat). Hier also hat das Sprichwort: resoluto sc. ex tunc iure etc. seine Anwendung.

L. 3. D. quib. mod. pignus[8]) bestätigt dies, scheint aber bei der Bedingung nisi emtori displicuisset eine Ausnahme zu machen. Man hat diese Ausnahme entweder allgemein auf alle Potestativbedingungen für den jetzigen Berechtigten bezogen, z. B. Mühlenbruch in den früheren Ausgaben seines Lehrbuchs, oder

8) Vgl. Note c des Lehrbuchs.

speziell auf das pactum displicentiae, wie der genannte Schriftsteller in der neuesten Ausgabe. Das Wahre an der Sache ist, daß eine solche Bedingung an sich wie eine andere zu beurtheilen ist, aber in der Bestellung eines Rechts ein Verzicht auf die Bedingung liegt, wenn der Käufer nicht als Betrüger gehandelt hat.

b) Auch ein ius in re, z. B Emphyteusis, Superficies, kann zur Veräußerung oder Bestellung anderer Rechte berechtigen. Ist nun dieses Recht revocabel, so sind es auch die von dem Berechtigten gegebenen Rechte, nach der Regel resoluto ex tunc iure dantis etc. Hier aber kann auch ohne Revocabilität ein Untergang der Rechte eintreten, s. nachher.

Außer dem Fall der Revocabilität (und zwar ex tunc) sind die von dem Eigenthümer gegebenen Rechte von der Dauer des Eigenthums des Ertheilers unabhängig. Der Verlust des Eigenthümers beeinträchtigt die einmal entstandenen iura in re, z. B. die Servituten oder das Pfandrecht nicht. Sie sind so gut wie das Eigenthum selbstständige Rechte an der Sache, onera derselben. Daher gilt der Grundsatz: res transit cum suo onere.

Dies ist auch auf Emphyteusis und Superficies anzuwenden, wenn vermöge derselben iura in re bestellt sind. Der Wechsel der Berechtigten thut diesen keinen Eintrag, wohl aber der völlige Untergang des Rechts, aus dem sie sich ableiten. Dies hat jedoch einen andern Grund, als die Endigung wegen Revocabilität, ist daher nicht unter den Grundsatz resoluto iure etc. zu stellen. Der Stoff dieser bestellten Rechte ist nämlich nicht eigentlich die Sache, wie in dem Fall, wenn der Eigenthümer sie bestellte (obwohl es der Form nach so behandelt wird), sondern das Recht des Ertheilers, von dem der Berechtigte gleichsam einen Theil erhält. Wie nun durch den Untergang der Sache, so hören diese Rechte mit dem objectiven Untergang des Rechts, aus dem sie fließen, auf. Der Untergang fällt also nicht unter das Princip der Revocabilität, sondern des Untergangs des Gegenstands.

Erwerb und Verlust der dinglichen Rechte.

§. 143.

Soll es für den Erwerb und den Verlust der dinglichen Rechte allgemeine Grundsätze geben, die für alle dinglichen Rechte gelten, und auch nur für diese, so müssen sie ihren Grund in dem Begriff der dinglichen Rechte oder in einem singulären Grundsatz haben.

Der letztern Art sind die Bestimmungen über die Veräußerung einer Sache durch den Fiscus oder den Regenten und seine Gemahlin (s. Lehrbuch). Aber es giebt auch nothwendige Endigungen: ein Recht kann nicht länger dauern, als sein Gegenstand, alle dinglichen Rechte hören auf mit dem Untergang der Sache.

Diese Wirkung hat vor allem der natürliche Untergang der Sache. Eine Modification tritt hier ein, insofern die Eigenthumsklage auch gegen den dolo desinens possidere geht, diese Ausnahme ist jedoch nur scheinbar, die Klage erhält hier den Character einer persönlichen, eine Fortdauer des Eigenthums wird nicht angenommen.

Auch der juristische Untergang hat die bezeichnete Folge, er zerstört alle Rechte, so z B. wenn ein Grundstück von einem öffentlichen Flusse occupirt wird. Hiervon ist eine bloße Ueberschwemmung zu unterscheiden, auch wird auf den Eigenthümer Rücksicht genommen, wenn die Occupation eine bloß vorübergehende war.

Die Occupation von Sachen durch den Feind zerstört alle Rechte an denselben. Dies hat jedoch folgende Voraussetzungen: 1) Bemächtigung durch den Feind. Heutzutage wird nur diese Occupation, die mit dem Begriff des Eroberten und Erbeuteten zusammenfällt, so angesehen. 2) Eine wirksame Occupation, d. h. der Erbeutende muß die Sache schon in Sicherheit gebracht haben. — Die Rechte gehen in diesem Fall unter und wachen nicht wieder auf, mit Ausnahme der Sachen, welche mit dem Postliminium wiederzurückkehren. Die neueren Rechte haben diese Bestimmungen verändert, nach preußischem Landrecht haben alle Sachen das Postliminium, doch mit Verpflichtung des Eigenthümers zum Ersatz des Aufwandes an den Erwerber.

Für den Erwerb der dinglichen Rechte giebt es keine gemeinsame Theorie. Manche haben zwar geglaubt, die Uebertragung eines dinglichen Rechts könne nur durch Tradition geschehen, welche Ansicht man früher in das Naturrecht aufgenommen hatte. Dies ist jedoch eine reine Erdichtung. Die Form der Tradition steht in keinem nothwendigen Zusammenhang mit dem Gegenstande, sie ist eine positive Form, die nur gilt, wo das Recht sie vorschreibt.

Früher war die Lehre herrschend, zu der sich heutzutage nicht leicht jemand bekennen wird, welche aber für uns noch deswegen ein Interesse hat, weil sie Mutter von sehr erheblichen Irrthümern geworden ist; dies ist die Lehre vom titulus und mo-

dus adquirendi. Man hat dieselbe abstrahirt von dem Eigenthumserwerb durch Tradition, wo eine iusta causa erforderlich ist.

Dies hat man für ein allgemeines Erforderniß gehalten und behauptet, jeder Erwerbung gehe ein titulus vorher und dann folge der modus adquirendi, wodurch das dingliche Recht entstehe. Der titulus gebe ein ius ad rem, der modus ein ius in rem. Diese Lehre ist schon nicht einmal richtig für die Tradition, sie beruht aber überhaupt nur auf einer sehr oberflächlichen Betrachtungsweise. Jede Trivialität aber, die sich für etwas besonderes ausgiebt, führt zu Irrthümern.

Zweites Kapitel.

Das Eigenthum.

Inhalt des Eigenthums.

§. 144.

Die Elemente des Begriffs von Eigenthum sind folgende:

1) Der Gegenstand des Eigenthums ist eine Sache, ein körperlicher Gegenstand. Das Wort dominium wird zwar auch für Rechte an unkörperlichen Gegenständen gebraucht, weil es ursprünglich rechtliche Herrschaft bedeutet. Daher heißt Eigenthum vollständig: rerum dominium, und das Wort rerum ist nur weggelassen worden. Auch im Deutschen hat man Eigenthum in dem weitern Sinne einer Berechtigung gebraucht. Dies ist zu vermeiden, mit ungenauen Worten stellen sich gelegentlich auch ungenaue Begriffe ein. Es liegt allzunahe, wenn man z. B. von Eigenthum an Schuldforderungen spricht, auch die Grundsätze des Eigenthums darauf anzuwenden.

2) Das Eigenthum ist die totale Unterwerfung der Sache. Daher ist jede Befugniß über eine Sache im Eigenthum enthalten. Die einzelnen Befugnisse sind deshalb hier nicht aufzuzählen, sie kommen erst bei den Beschränkungen des Eigenthums zur Sprache. Früher war es gewöhnlich, die Eigenthumsbefugnisse in Proprietätsrechte und Nutzungsrechte einzutheilen, eine unnütze Classification, welche sich nicht durchführen läßt.

3) In der Totalität des Eigenthums liegt auch die Ausschließlichkeit desselben, nicht gegenüber andern Rechten, sondern gegenüber anderm Eigenthum. Es können deshalb nicht mehrere

Eigenthümer derselben ganze Sache sein. Ist auch ein Eigenthum an Theilen möglich? An körperlichen Theilen ist ein Eigenthum pro diviso möglich, mit Ausnahme der integrirenden Theile: der körperliche Zusammenhang steht dem Eigenthum nicht entgegen. Manche Juristen haben behauptet, L. 8. D. de rei vind.[1]) läugne diese Möglichkeit an beweglichen Sachen pro diviso; dieselbe handelt jedoch nicht vom Eigenthum, sondern vom Besitz, welchen hier nicht Mehrere pro diviso haben können.

Eine Sache kann Mehreren pro indiviso gehören; hier ist jeder ausschließlicher Eigenthümer seines ideellen Theils. Jeder Miteigenthümer hat ein Veto gegen einseitige Verfügungen über die Sache, und gegen ein nachtheiliges Veto giebt die Theilung eine Hülfe. In einem Falle aber ist eine gesetzliche Beschränkung des Veto geboten: wenn nämlich eine Reparation nothwendig wird, so kann der Andere sie besorgen, und die Weigerung der Theilnahme an den Kosten kann das Eigenthum verwirken (§. 152).

Beschränkungen des Inhalts.

§. 145.

Hier sind zu unterscheiden Beschränkungen des Eigenthums und des Eigenthümers. Die Beschränkungen des Eigenthums bestehen in der Wegnahme einzelner Befugnisse. Ihnen, namentlich denen, welche einem Andern ein Recht an der Sache geben, gegenüber heißt die Unbeschränktheit: Freiheit des Eigenthums, libertas rei.

Es giebt zwei Classen von Beschränkungen des Eigenthums:

1) Durch iura in re, welche andern Personen zustehen.

2) Auch ohne ius in re. Dahin gehört eine Beschränkung des Eigenthums durch eine Rechtsvorschrift, z. B. die sogenannten Legalservituten[1]). Ferner gehören hierher die Veräußerungsverbote, welche uns hier beschäftigen sollen. Bei einem Veräußerungsverbot kommen drei Punkte zur Sprache:

---

1) L. 8. D. de R. V. (6, 1): Pomponius libro trigesimo sexto probat, si ex aequis partibus fundum mihi tecum communem tu et Lucius Titius possideatis, non ab utrisque quadrantes petere me debere, sed a Titio, qui non sit dominus, totum semissem. Aliter atque si certis regionibus possideatis eum fundum; nam tunc sine dubio et a te, et a Titio partes fundi petere me debere. Quoties enim certa loca possidebuntur necessario in his aliquam partem meam esse, et ideo te quoque a Titio quadrantem petere debere. Quae distinctio neque in re mobili, neque in hereditatis petitione locum habet; nunquam enim pro diviso possideri potest.

1) S. das Nähere darüber im Lehrbuch.

1) Umfang des Verbots. Hierin ist enthalten nicht nur die totale Veräußerung, das Aufgeben des Eigenthums selbst, sondern auch das einzelner Bestandtheile, partielle Veräußerung, daher z. B. Bestellung von Servituten, Pfandrecht. Eine bloß persönliche Beschränkung des Eigenthümers ist keine Veräußerung, ebensowenig der Uebergang des Eigenthums auf die Erben.

2) Die Quelle des Verbots. Sie ist eine dreifache: Gesetz, richterliche Verfügung, Privatwillen.

3) Wirkung des Veräußerungsverbots. Diese Wirkung kann eine doppelte sein:

a) Ungültigkeit der Veräußerung. Diese ist entweder eine einfache, so daß das Recht dem Veräußerer bleibt, oder es wird durch die Veräußerung das Eigenthum verwirkt und fällt einem andern zu, zu dessen Gunsten das Veräußerungsverbot besteht. Als Regel ist das erste anzunehmen.

b) Die Veräußerung ist gültig, nur giebt die darin liegende Verletzung einem Andern das Recht, den Veräußerer auf das Interesse oder die etwa gesetzte Strafe zu belangen. In diesem Fall ist das Veräußerungsverbot ebenfalls wirksam, aber es ist nicht eine Beschränkung des Eigenthums, denn die Veräußerungsbefugniß ist nicht aus dem Eigenthum herausgenommen.

Die erste vollkommene Wirkung haben die gesetzlichen und richterlichen Veräußerungsverbote. Wenn die Veräußerung nichtig ist, wird der Empfänger nicht Eigenthümer, die Vindication hat der Veräußerer. Daß dieser selbst veräußert hat, entzieht ihm nicht die Vindication, eben weil er Eigenthümer ist. Es ist aber möglich, daß der Empfänger gegen die Vindication die exceptio doli hat, wegen Restitution des Kaufpreises, wegen Entschädigung überhaupt, oder wegen bevorstehender Convalescenz der Veräußerung. Die Wirkung eines Veräußerungsverbotes durch Privatwillen ist, daß jemand ein Recht zur Geltendmachung des Veräußerungsverbots erhält:

1) Testamentarische Verbote sind unwirksam, wenn kein Berechtigter da ist. Ist aber ein solcher vorhanden, so ist dieses Recht entweder ein Vermächtniß an den Andern unter der Bedingung der Veräußerung, hier hat der Berechtigte die Rechtsmittel aus dem Legat, wozu auch die Vindication gehört; oder es ist dem Vermächtnißnehmer die Veräußerung unter einer Resolutivbedingung untersagt. Dann fällt die Sache an den Onerirten zurück und die Veräußerung ist nichtig, vermöge der Natur dieser Bedingung.

2) Bei Verträgen kann dem Veräußerungsverbot ebenfalls die Wirkung der Nichtigkeit gegeben werden, durch Festsetzung als Resolutivbedingung, durch deren Eintritt das Eigenthum an den Ertheiler zurückfallen soll.

3) Bei einem vertragsmäßigen Verbot ohne Resolutivbedingung ist die Veräußerung nicht nichtig; der Berechtigte hat nur eine Forderung gegen den Veräußerer. Es sind hier zwei Fälle möglich: a) der Empfänger verpflichtet sich nicht zu veräußern, widrigenfalls soll die Sache an den Geber zurückfallen. Hier hat der Geber die condictio causa data causa non secuta. Die Veräußerung selbst kann nicht angefochten werden[2]. b) Bei einem sonstigen Veräußerungsverbot, wo der Rückfall an den Geber nicht verabredet ist, kann bloß auf das Interesse, oder auf eine Conventionalstrafe geklagt werden. Das vertragsmäßige Veräußerungsverbot kann garantirt werden durch Eintragen in das Hypothekenbuch; dies giebt dem Verbot keine höhere Sicherung, nur die Forderung wird dadurch gesichert.

Form des Eigenthums.

§. 146.

Der Begriff des Eigenthums als eine totale Herrschaft über die Sache schließt ein danebenstehendes gleiches oder höheres Recht aus. Ein Recht an der Sache muß ein ius in re aliena sein. Das ius in re hat 1) nicht die Totalität des Eigenthums, so umfassend es auch sein möge, 2) wenn das ius in re das Eigenthum noch so sehr mindert, so ist es doch dem Eigenthum gegenüber etwas zeitiges, von welchem das Eigenthum befreit werden kann.

Dieser Grundsatz der Totalität wird nicht verletzt durch eine simultane Annahme des Eigenthums nach verschiedenen Rechtsprincipien. Dahin gehört:

1) Die Unterscheidung von quiritischem und bonitarischem Eigenthum. Die Collision zwischen diesem duplex dominium war eine Collision zwischen Civilrecht und prätorischem Recht. Das justinianische Recht hat sie aufgehoben.

2) Noch im neuesten Recht kommt vor die Unterscheidung zwischen dem wahren Eigenthum und dem fingirten des Usucapionsbesitzers, insofern diesem in der Publiciana eine Eigenthumsklage gegeben ist. Die Regel über die Collision s. unten bei der

2) L. 3. C. de cond. ob causam d. (4, 6.)

actio publiciana. Eine ähnliche Unterscheidung würde sein die zwischen dominium utile und naturale oder dormiens, wenn es eine solche gäbe. Sie beruht indessen auf einer reinen Erdichtung.

3) Das staatsrechtliche Eigenthum an dem Territorium und das Privateigenthum an demselben oder an Theilen desselben bestehen neben einander ungehindert, weil dieses Rechte sind, die auf ganz verschiedenen Gebieten liegen. — Der Staat hat aber insofern ein Recht gegenüber den Unterthanen, als das Privateigenthum unter Umständen dem öffentlichen weichen muß. Auf diesen Conflict hat man die Lehre vom Obereigenthum des Staates bei öffentlichen Interessen begründen wollen. Wäre dies richtig, so hätten wir ein doppeltes Eigenthum. Aber die Lehre vom Obereigenthum ist nichts als eine falsche Theorie, welche ein öffentliches Recht in die Form eines Privatrechts bringt. In Wahrheit ist es umgekehrt, das Privatrecht ist nur durch das öffentliche Recht beschränkt, das öffentliche Recht braucht nicht ein Eigenthum zu sein.

Auch das Feudalsystem ist eine Auffassung öffentlicher Verhältnisse als Privatrechte, oder die Anwendung privatrechtlicher Begriffe auf das öffentliche Recht. Das Lehnsverhältniß beruht auf der gegenseitigen Treue des Lehnsherrn und Vasallen im gegenseitigen Dienst und Schutz. Damit hat man das Eigenthum in Verbindung gebracht, indem man das Recht des Lehnsherrn als Obereigenthum, dominium directum behandelte, das des Vasallen als Nutzeigenthum, dominium utile. Dasselbe geschah für gewisse Verhältnisse an Bauergütern. Nach und nach haben diese Verhältnisse ihren staatsrechtlichen Inhalt mehr und mehr verloren, und sind als reine, privatrechtliche Anomalien stehen geblieben. Entweder müßte man ihnen wieder eine staatsrechtliche Bedeutung zu gewinnen suchen, oder man müßte ihnen eine wahre privatrechtliche Form geben.

Erwerbung des Eigenthums.

§. 147.

Bei den Römern spielte eine große Rolle die Classification in civile und naturale Erwerbungen, theils in Beziehung auf die Wirkung, theils in Beziehung auf die Fähigkeit der Personen. Diese ist schon im justinianischen Recht eine Antiquität, um so mehr im heutigen. Abentheuerlich war es, ihr die positivrechtliche und naturrechtliche zu substituiren.

Derivativer Erwerb.

Durch Besitzerwerb.

Tradition.

§. 148.

Der häufigste Fall einer Eigenthumserwerbung außer der Erbfolge ist die Uebertragung des Eigenthums von Seiten des bisherigen Eigenthümers. Von Seiten des letzteren ist der Act eine Veräußerung, von Seiten des Empfängers eine Succession.

Erforderlich ist vor allem die Fähigkeit des Einen, Eigenthum zu geben, des Andern, es zu erwerben. Jene Fähigkeit hat regelmäßig der Eigenthümer, natürlich auch durch einen procurator oder quasi procurator, z. B. Vormund, Pfandgläubiger vermöge seines Pfandrechts (die Ausnahme beim Fiscus s. oben). Zuweilen ist der Eigenthümer nicht fähig zum Geben des Eigenthums, wie z. B. im Fall eines Veräußerungsverbots, wenn dieses die Wirkung der Nichtigkeit hat. Wo dieses Erforderniß fehlt, ist keine Eigenthumsübertragung möglich; dagegen vielleicht Besitzübertragung, unter Umständen sogar mit der conditio usucapiendi.

Die Erfordernisse des Acts der Tradition selbst sind folgende:

Die bloße einfache Willenserklärung reicht zur Eigenthumsübertragung nicht hin; dieser wichtige Erfolg sollte vielmehr durch eine bestimmtere, erkennbarere Form constatirt werden (man muß dies nur nicht für etwas vernünftig nothwendiges halten). Das altrömische Jus Civile hatte eine gerichtliche Uebertragung (in iure cessio), und eine Privatübertragung vor Zeugen (mancipatio.) Etwas Aehnliches ist im deutschen Recht die Auflassung: ferner die gerichtliche Ueberschreibung, welche häufig bei Grundstücken vorgeschrieben ist. Das Jus Gentium fügte eine andere natürlichere Form, die Tradition, Verkörperung jenes Willens in dem Uebergang des Besitzes, hinzu. Der Erwerber soll erst Eigenthümer werden, wenn er Besitzer wird, mit dem Besitz geht das Eigenthum unter Voraussetzung der Fähigkeit und des Willens über. Dies ist im justinianischen Recht die einzige Uebertragungsform. Sie gilt auch für das heutige Recht, soweit nicht das Landesrecht (für gewisse Sachen) noch eine andere Form als nothwendig fordert.

Das römische Recht nimmt in einem Fall eine Eigenthumsübertragung durch einfache Willenserklärung ohne Tradition an (s. g. transitus legalis), nämlich bei der societas omnium bonorum. Nach Savigny's Meinung[1]) fände hier ein constitutum possessorium statt; dies würde 1) eine Ausdehnung auf den Besitzerwerb enthalten, davon ist aber nichts gesagt und die „tacita traditio", durch welche eine Stelle[2]) den Uebergang zu erklären sucht, soll sicher eine fingirte Tradition bedeuten, 2) eine Beschränkung auf die Sachen, welche in dem Besitz der Socii sind, auch davon ist in der Stelle nicht die Rede. Also ist der Fall wirklich als Ausnahme zu behandeln.

Die Aelteren nahmen noch bei Schenkung und Verkauf an Kirchen und milde Stiftungen einen transitus legalis an, und zwar auf Grund einer Coderstelle[3]). Diese sagt: „wenn ihnen Erbschaft oder Vermächtniß zugefallen, oder geschenkt oder verkauft ist, so sollen sie die hundertjährige Verjährung für ihre persönlichen und dinglichen Klagen haben." Letztere Erwerbungen werden mit den ersteren zusammengestellt und gesagt, daß ihnen nicht bloß die persönliche Klage, sondern auch die dingliche zustehen soll. Die Worte recht genau genommen, müßte man der älteren Meinung Recht geben, und auf keine Weise darf man dieses Resultat mit Vangerow[4]) für etwas ganz und gar unglaubliches und irrationelles halten. Aber das steht jener Meinung entgegen, daß diese immerhin sehr wichtige Veränderung nur ganz beiläufig gemacht wäre, da das Gesetz von einem damit nicht wesentlich zusammenhängenden Punkt handelt. Dies ist ganz gegen die Weise, wie Justinian solche Neuerungen einzuführen pflegt. Die Stelle kann deshalb sehr wohl so verstanden werden, daß die Tradition beim Verkauf und bei der Schenkung, wie so oft, zu subintelligiren ist. Und dies muß entscheiden, da im Zweifel keine Anomalie anzunehmen ist.

---

1) Recht des Besitzes S. 374.

2) L. 1. §. 1, L. 2. D. pro soc. (17, 2) cit. Note b des Lehrbuchs.

3) L. 23. §. 1. C. de ss. eccles. (1, 2): — sive legatum sive fideicommissum fuerit relictum, sive donatio vel venditio praecesserit —. In his autem omnibus casibus non solum personales actiones damus, sed etiam in rem et hypothecariam secundum nostrae constitutionis tenorem, quae legatariis et fideicommissariis hypothecarium donavit, et supradictis omnibus unum tantummodo terminum vitae suae imponimus, id est centum metas annorum.

4) Leitfaden I. §. 311.

Dagegen ist es nicht als Ausnahme zu betrachten, daß, wenn der Erwerber schon Besitzer ist, die einfache Willenserklärung zum Eigenthumsübergang hinreicht, daß es also nicht nothwendig ist, daß jener durch Thätigkeit des Uebertragenden Besitzer werde[5]). Hier sind zwei Fälle möglich: 1) Der Empfänger war nur natürlicher Besitzer, der Tradent juristischer. Hier findet eine wirkliche Tradition statt: brevi manu traditio; 2) der Empfänger war schon juristischer Besitzer oder wird es erst, aber nicht durch den bisherigen Eigenthümer. Dies ist keine eigentliche Tradition, aber dennoch Eigenthumserwerb, wenn der Wille, daß das Eigenthum übergehen soll, vorhanden ist. Der Grund ist: die Form besteht wesentlich darin, daß der Wille der Uebertragung und Erwerbung sich in dem Besitz verkörpern muß. Dies geschieht durch die Tradition, wenn der Uebertragende Besitzer ist; hier verkörpert sich der beiderseitige Wille am vollkommensten und sichtbarsten, und dies wird der gewöhnliche Fall sein. Darum ist denn auch derselbe besonders hervorgehoben. Aber jene Form ist in der That auch beobachtet, denn auch hier verkörpert sich der beiderseitige Wille in dem Besitz. Wenn also dieser Wille nur unzweifelhaft vorhanden ist, so hat auch hier der Besitz die Wirkung des Eigenthums.

Der Act der Eigenthumsübertragung hat also zwei Erfordernisse, 1) den Willen Eigenthum zu geben und zu empfangen, 2) die Tradition oder was ihre Stelle vertritt, überhaupt Verkörperung dieses Willens in Verstattung und Erwerbung des Besitzes. Es ist nur noch von dem ersten zu handeln.

Von der iusta causa traditionis.

Die Tradition ist zunächst bloß Besitzübertragung. Eigenthumsübertragung wird sie durch den damit sich verbindenden, auf das Eigenthum gerichteten Willen. Dieser Wille, welcher von beiden Seiten vorhanden sein muß, ist die iusta causa traditionis.

Die iusta causa bildet das Rechtsgeschäft, welches den übereinstimmenden Willen, Eigenthum zu geben und zu nehmen enthält, z. B. Kauf, Schenkung, Dos, Zahlung, Darlehen rc. Sie kann mit der Tradition gleichzeitig sein, wie bei Schenkung, Zahlung, Dos, Darlehen, aber auch als besonderes Geschäft vor-

---

5) L. 21. §. 1. D. de adquir. dom. (41, 1.)

ausgehen, wie beim Kauf. (In L. 31. pr. D. de adquir. dom.[6]) ist bloß das Vorausgehen genannt, was in einem gewissen Sinn immer der Fall ist; der Wille geht auch dort der Ausführung vorher.)

Aber auch nachfolgen kann sie, und dann tritt der Eigenthumserwerb erst mit dem Hinzukommen der iusta causa ein. So geschieht es bei der Suspension der iusta causa durch Bedingung mit deren Erfüllung erst der Wille des Eigenthum Uebertragenden, also die iusta causa, vorhanden ist.

In einem Fall tritt eine Suspension ipso iure ein. Eine Tradition in Folge eines Kaufs bewirkt nicht das Eigenthum, bis dem Verkäufer wegen des Kaufpreises genug gethan ist, entweder durch Zahlung, oder Novation, oder indem er überhaupt Credit, also Frist giebt. Der Grund ist folgender: Man kann der Tradition die Absicht unterlegen, das Eigenthum oder nur den Besitz zu übertragen. Das erste ist nur anzunehmen, wenn der Preis bezahlt oder die Gegenleistung hinausgeschoben ist. Ist Frist gegeben, so ist die stillschweigende Bedingung in einen dies verwandelt, der die Wirkung nicht suspendirt.

Zu den Bedingungen, bis zu deren Erfüllung die iusta causa suspendirt ist, gehört das pactum reservati dominii; nicht der Act der Tradition ist hier das Bedingte (denn dieser läßt keine Bedingung zu, man kann nicht bedingter Besitzer werden), sondern nur die iusta causa. Ferner das Rechtsgeschäft an sich kann möglicherweise unbedingt sein, z. B. der Kauf, weil nicht dies Rechtsgeschäft mit seinem sonstigen besondern Inhalt die iusta causa ist, sondern bloß jener Wille.

Früher hat man die Zulässigkeit des pactum reservati dominii beim Kauf bestritten, und zwar auf Grund einer Digestenstelle[7]). Aber bei dem p. reserv. dom. wird keineswegs festgesetzt, daß der Kauf die Folge der Veräußerung nicht haben soll, sie wird vielmehr nur suspendirt, und dies schließt natürlich jene Stelle nicht aus.

---

6) L. 31. pr. D. de adqu. com. (41, 1): Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio vel aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.

7) L. 80. §. 3. D. de contr. emt. (18, 1): Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emtorem transeat, sed hoc aut locatio est, aut aliud genus contractus.

Ferner haben neuere Juristen dasselbe als Suspensivbedingung für unzulässig gehalten, indem sie sagen, entweder sei auf Credit verkauft, dann würde das pactum dem letztern widersprechen, oder nicht, dann sei es überflüssig. Beides ist unrichtig: jenes, weil der Credit an sich eine doppelte Wirkung hat, 1) daß der Verkäufer nicht sofort den Kaufpreis klagen kann, 2) daß das Eigenthum übergeht. Das pactum reservati dominii nimmt die zweite Wirkung weg, es bleibt aber die erste. Dieses ist falsch, weil bei dem pactum reservati dominii die Bedingung ja nicht bloß die Zahlung des Preises, sondern auch eine andere sein kann.

Ebenso unrichtig ist die Meinung, daß das pactum reservati dominii im Zweifel wenigstens als Resolutivbedingung aufzufassen sei.

Das Wahre ist: der Ausdruck „der Verkäufer behalte sich das Eigenthum vor, bis ꝛc." könnte als Resolutivbedingung gemeint sein. Dies wäre aber dann nicht jenes Pactum, sondern die lex commissoria. Der Sinn aber, der eigentlich in den Worten liegt, ist auf eine Suspensivbedingung gerichtet, und dies allein ist das pactum reservati dominii.

Das Rechtsgeschäft, welches die iusta causa enthält, hat für die Eigenthumsfrage nur durch diesen Inhalt eine Bedeutung. Sein übriger specifischer Inhalt verhält sich dazu nur als Motiv des Willens, der allein die iusta causa ist. Hier tritt daher der Grundsatz ein, daß ein falsches Motiv den Willen nicht ausschließt. So ist eine indebiti solutio keine wahre Zahlung, und dennoch iusta causa traditionis. Ebenso verhält es sich mit der Tradition in Folge des ungültigen Spiels. Dagegen aber ist keine iusta causa vorhanden, wenn die Ungültigkeit auch, oder gerade vorzugsweise, jenen Willen trifft, z. B. der Tradent keine Veräußerungsbefugniß hat, oder nur unter einer, nicht beobachteten, Form veräußern darf. Ferner ist hiernach die Schenkung unter Ehegatten zu beurtheilen. Ebenso der Fall, wenn der Tradent sonst nicht den Willen hatte, sein Eigenthum zu veräußern. Dies ist anzunehmen, wenn er als Procurator oder als Vormund veräußert und aus Irrthum seine eigene Sache tradirt hat (auch wenn er wirklich dieses corpus tradiren wollte). Zum Beleg hierfür dient L. 35. D. de adquir. dom. (41, 1.) Mit dieser

Stelle hat man eine zweite[8]) im Widerspruch finden wollen. Diese enthält aber nicht, wie man glaubt, eine entgegengesetzte Entscheidung; sondern die Richtigkeit der Veräußerung an sich ist anerkannt, aber zugleich die Möglichkeit einer exceptio doli, welche der Vindication entgegensteht[9]).

Endlich ist keine iusta causa da, wenn der Empfänger nicht den Willen hatte, z. B. er nimmt die geschenkte Sache als Commodatum. Daß keine Schenkung und kein Commodat existirt, würde an sich kein Hinderniß sein, aber wohl, daß kein beiderseitiger Wille, Eigenthum zu geben und zu nehmen, vorhanden ist.

Das Princip, daß es nur auf jenen Willen ankommt, wird namentlich wirksam, wenn beide Parteien diesen Willen haben, aber jeder als Motiv ein anderes Rechtsgeschäft im Sinn hat, z. B. Schenkung und Zahlung, Zahlung aus verschiedenen Gründen. Dies hindert den Eigenthumsübergang nicht[10]). Darnach wird in L. 36. cit. auch der Fall von Schenkung und Darlehen entschieden. Ueber denselben Fall finden wir eine andere Entscheidung in L. 18 pr. D. de reb. cred. Dieser Widerspruch ist unendlich oft besprochen worden und man hat ganz vergeblich versucht, verschiedene Fälle in die Stellen hineinzulegen. Der neueste dieser Versuche von Vangerow[11]) ist einer der unstatthaftesten[12]).

Aber zur iusta causa ist noch nicht hinreichend, daß beide Parteien den Willen haben, Eigenthum zu geben und zu nehmen. Es muß auch eine Uebereinstimmung zwischen ihnen vorhanden sein. Der Tradent muß diesem Empfänger geben wollen, sonst läßt sich nicht von einer Uebertragung sprechen.

Auf der andern Seite darf man nicht zu viel in dieses Erforderniß hineinlegen. Es ist nicht wie bei einem Vertrag eine bestimmte Person nöthig, sondern die Tradition ist auch an eine incerta persona möglich, wie z. B. bei dem Auswerfen von Sachen unter die Menge (Note k. u. l.) Mehrere Stellen behandeln diesen s. g. iactus missilium als Tradition, eine als Dereliction. Darin liegt kein Widerspruch. Denn in dem Auswerfen

8) L. 49. D. de mand. (17, 1.)
9) Vgl. die ausführliche Exegese in Beilage XV.
10) L. 36. D. de adquir. dom. (41, 1.)
11) Leitfaden I. §. 311.
12) Vgl. darüber und über die angeführten Stellen Beilage XV.

ist enthalten 1) das Aufgeben des Eigenthums, 2) der Wille, daß es an eine jener Personen komme. Beides zusammengenommen macht die Handlung zur Tradition, ihre Zusammenstellung mit der Dereliction ist nur Hervorhebung einer Seite des ganzen Acts.

Wichtig wird dies beim Erwerb durch Repräsentanten. Muß der Tradent den bestimmten Willen gehabt haben, in der Person des Procurators dem Dominus Eigenthum zu geben? In dieser Beziehung sind drei Fälle zu unterscheiden:

1) Der Tradent hat den Willen auf die Person des Dominus gerichtet. Hier schadet sogar nicht einmal die Treulosigkeit des Repräsentanten. S. oben.

2) Er hat den bestimmten Willen, dem Repräsentanten und bloß diesem Eigenthum zu geben, z. B. bei der Schenkung, wo das Individuum von Bedeutung ist. Dann wird der Dominus nicht unmittelbar Eigenthümer, sondern erst durch eine zweite Tradition von seinem Procurator. Bei dem Kauf wird dies gewöhnlich nicht vorkommen. Ein Verkäufer hat die Absicht, den zum Eigenthümer zu machen, von dem ihm der Preis wird, das Individuum ist unter dieser Voraussetzung regelmäßig gleichgültig. Doch auch hier ist es denkbar, z. B. es meldet sich A als Procurator des B. Ich erkläre, mich mit B nicht einlassen zu wollen, dagegen an A wolle ich verkaufen, möge er mit der Sache nachher machen, was er wolle.

3) Der Wille des Tradenten ist überhaupt nicht auf ein bestimmtes Individuum exclusiv gerichtet, wie in der Regel beim Kauf. Hier steht dem unmittelbaren Erwerb des Eigenthums nichts entgegen, da ja Tradition an eine incerta persona möglich ist.

Zu zwei hieher gehörigen Stellen L. 13 D. de adq. dom. und L. 59. eod.[13]) ist noch folgendes zu bemerken:

In der ersten Stelle heißt tradita meo nomine nicht: der Tradent hat den Willen, sondern der Procurator, ebenso wie

---

13) L. 13. D. de adquir. dom. (41,1): Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo, eique sit tradita meo nomine, dominium mihi i. e. proprietas adquiritur etiam ignoranti. Et tutor pupilli pupillae similiter ut procurator emendo nomine pupilli pupillae proprietatem illis adquirit etiam ignorantibus. L. 59 eod.: Res ex mandatu meo emta, non prius mea fiet, quam si mihi tradiderit, qui emit.

auch nachher beim Vormund. Meo nomine auf den Tradenten bezogen würde heißen: er tradirt statt meiner.

Die letzte Stelle steht allerdings der hier vorgetragenen Ansicht entgegen, aber nicht bloß dieser, sondern jedem unmittelbaren Erwerb des Dominus auch im Fall 1. Also sie beweist entweder, daß niemals dieser unmittelbare Erwerb stattfindet, dies ist offenbar falsch, oder sie beweist gar nichts.

§. 149.

In gewissen Fällen ist eine unfreiwillige Repräsentation, ein Erwerb durch jemand, der gar nicht als Repräsentant handeln wollte, angenommen worden. Der gemeinschaftliche Grundgedanke für diese Kategorie von Fällen ist: Gewisse Personen, mit deren Geld ein Anderer für sich Sachen angeschafft hat, und denen an sich nur eine Forderung gegen ihn auf die verwendete, ihnen entzogene Summe zustehen würde, sollen, um gegen eine etwaige Insolvenz des Schuldners gesichert zu sein, die Sachen vindiciren können; also sollen sie das Eigenthum erwerben, wie wenn jener für sie die Sachen angeschafft hätte. (S. die einzelnen 4 Fälle im Lehrbuch und im Folgenden.)

Früher ist dieser singuläre Satz mit der Lehre von der universitas iuris in Verbindung gebracht und die Regel aufgestellt worden: res succedit in locum pretii, pretium in locum rei (bei dem Peculium, der Dos, der Hereditas). Die Unrichtigkeit dieser Meinung zeigt sich 1) darin, daß in der Natur einer solchen universitas gar keine Veranlassung zu diesem Rechtssatz liegt; 2) aus der Vergleichung der einzelnen Fälle.

1) Bei den von Vormündern mit dem Gelde ihrer Mündel angeschafften Sachen ist nicht von fern von einer solchen universitas die Rede.

2) Den Fall der mit dem Geld eines Soldaten erkauften Sachen hat man von dem Peculium eines Filiusfamilias verstehen wollen. Dies ist falsch, denn 1) ist nicht von Filiisfamilias, sondern von Soldaten die Rede, sie mögen jenes oder Patresfamilias sein, 2) nicht einmal von den bona castrensia, sondern überhaupt von den Sachen, die ihnen gehören. Es ist also diese Bestimmung ein reines privilegium militare.

3) Was den dritten Fall betrifft, wo die Frau von dem Mann mit geschenktem Geld gekaufte Sachen im Fall des Wider-

rufs der Schenkung vindiciren kann, so ist hier ebenfalls von keiner s. g. universitas iuris die Rede.

4) Bei den mit Dotalgeld angeschafften Sachen folgt die Bestimmung nicht aus der Natur der Dos, sondern sie ist eine reine Singularität, um die Frau gegen Insolvenz noch mehr zu schützen[1]). An andern Orten ist entschieden ausgesprochen, daß jener Erfolg durch permutatio dotis hervorgebracht werden kann, aber nicht ipso iure eintritt[2]).

Nicht hierher gehört das besondere Recht der Hereditatis Petitio. Durch ein Senatusconsult unter Hadrian wurde verfügt, daß dem Erbschaftsbesitzer jeder Gewinn von seinem Besitz abgenommen werden kann, nicht bloß die Erbschaftssachen selbst, daher auch das mittelst derselben Erworbene: pretium quodammodo hereditarium factum. Die Hereditatis Petitio hat insofern die Eigenschaft einer persönlichen Klage. Dies ist nicht ein Eigenthumserwerb durch unfreie Repräsentanten, denn der Erbe wird nicht ipso iure als Eigenthümer betrachtet, daher er auch z. B. nicht die rei vindicatio hat. Noch weniger ist es eine Folge der universitas, denn es ist ja eben nur eine singuläre Vorschrift. Aus dieser Eigenschaft der Hereditatis Petitio ist vornehmlich die alte Lehre: res succedit etc. geflossen. Man hat sich dafür namentlich auf L. 20. D. de H. P. (5, 3.) berufen[3]).

Vom Eigenthümer abgeleiteter Fruchterwerb.

§. 150.

Es giebt Personen, welche ein Recht auf die Früchte haben, ohne Eigenthümer zu sein. Einige erwerben das Eigenthum mit der Separation, von wem sie auch geschehen möge, einige erst

---

1) L. 54. D. de iure dot. (23, 3): Res, quae ex dotali pecunia comparatae sunt, dotales esse videntur (Gaius ad ed. praet. urbani titulo de praediatoribus). Hier ist besonders auch noch die Inscription der Stelle zu beachten.

2) L. 12. C. de iure dot. (5, 12): Ex pecunia dotali fundus a marito tuo comparatus non tibi quaeritur, cum neque maritus uxori actionem emti possit adquirere; at dotis tantum actio tibi competit. Unde aditus praeses provinciae, si non te transegisse repererit, sed ex maiore parte dotem consecutam, residuum restitui providebit. — Die Worte ex maiore parte — residuum beziehen sich auf die alte Restitutionszeit annua, bima, trima die.

3) Vgl. die Exegese in Beilage XVI.

mit der Perception, Besitzergreifung. Die letzteren sind die, welche nur Detention der Sache haben, wie Pächter, Usufructuarien. Dieser Eigenthumserwerb steht der Tradition zunächst, und unterscheidet sich nur dadurch, daß die Gestattung keine specielle ist.

Manchen hat L. 26. §. 1. D. de furt. zweifelhaft geschienen. Der Pächter hat die actio furti, weil ihm doch die Frucht gestohlen ist, wenn er gleich noch nicht Eigenthümer war, denn er wäre es wenigstens geworden, so wie er sie percipirt hätte. Der Jurist sagt nicht coepit, sondern coepisset, decerptus esset, nämlich von ihm, dem Pächter.

Adjudication.

§. 151.

Adiudicatio ist das richterliche Erkenntniß auf erhobene Theilungsklage, sofern es die richterliche Theilung der gemeinsamen Sache enthält, sei es eine natürliche oder dem Werth nach. Dasselbe hat die Wirkung des Eigenthumübergangs von einem Socius auf den andern, ohne weiteren Act. Die Wirkung hat nicht 1) die Privatübereinkunft über die Theilung, 2) auch nicht die gerichtlich bestätigte, 3) ferner kein richterliches Erkenntniß, wodurch jemandem eine Sache außer dem Fall einer communio zugesprochen wird; weder das Urtheil auf eine persönliche Klage auf das Geben einer Sache, wodurch nur die Obligatio anerkannt wird, noch das Urtheil auf die rei vindicatio, wodurch nur das bestehende Eigenthum anerkannt, nicht ein neues gegeben wird. Endlich bewirkt auch keinen Eigenthumsübergang der Zuschlag bei einer gerichtlichen Subhastation oder Auction (was man wohl auch Adjudication nennt), er ist nur die iusta causa traditionis (particularrechtlich geht zuweilen bei nothwendigen gerichtlichen Subhastationen das Eigenthum unmittelbar über, so z. B. nach preußischem Landrecht, diese Bestimmung ist aber nur Particularrecht).

Erwerb durch Verwirkung. Andere Fälle.

§. 152. 153.

S. das Lehrbuch.

Originärer Erwerb.

Durch Besitzerwerb.

§. 154.

Die herrenlosen Sachen werden durch Besitzergreifung in das Eigenthum gebracht. Unter jener Voraussetzung also ist die Occupation eine Eigenthumserwerbsart. Nothwendig dazu ist der animus domini und einseitige Apprehension. Mit dem Besitz entsteht das Eigenthum [1]). Zu den einzelnen Beispielen von herrenlosen Sachen ist noch Folgendes zu bemerken: 1) Das Eigenthum an einem Grundstück kann das Jagdrecht geben, macht aber nicht zum Eigenthümer der Thiere. Daher kann auch auf fremdem Boden Eigenthum an wilden Thieren erworben werden. Von dieser Wirkung der Occupation ist das Jagdrecht zu unterscheiden. Nach römischem Recht lag es im Grundeigenthum. Der Eigenthümer konnte jeden von seinem Boden abhalten, oder wegen Verletzung namentlich auch mit der iniuriarum actio klagen, aber dies hat keinen Einfluß auf den Eigenthumserwerb. (Die oben citirte Stelle darf uns nicht irre machen: die Momente in publico an privato, in meo an alieno werden nur hervorgehoben, weil sie Einfluß auf die Frage haben können, ob der Fang wirklich als eine Bemächtigung zu betrachten war.) Nach heutigem Recht dagegen ist das Jagdrecht nicht Bestandtheil jedes Grundeigenthums. Auch dies hat keinen Einfluß auf unsere Frage. Der Jagdberechtigte ist nicht Eigenthümer der Thiere. Der unberechtigte Jäger verletzt das Jagdrecht und dies kann ihn verpflichten, aber seine Occupation hat doch die Folge des Eigenthumerwerbs.

2) Was Sachen anbetrifft, welche in der Gewalt der Feinde sich befinden, so kann sie der Occupant entweder selbst oder als (auch unfreiwilliger) Repräsentant des Staates erwerben. Letzteres ist der Fall bei der Beute, ersteres nach römischem Recht hinsichtlich der im Lande befindlichen Sachen der Feinde. Diese Bestimmung ist gegenwärtig unanwendbar.

3) Wesentliche Elemente im Begriff des Schatzes sind 1) Verborgenheit der Sachen, 2) völlige Ungewißheit des Eigenthümers

---

1) S. ein Beispiel in L. 55. D. de adqu. dom. (41, 1.)

in Folge dieses Umstands. Diese wird erst nach längerer Zeit eintreten, keineswegs ist aber eine Art von Unvordenklichkeit erforderlich. Das Wesentliche ist die nicht zu hebende Ungewißheit des Eigenthümers, d. h. eben juristische Herrenlosigkeit, gleichgültig wie sie entsteht. Nur wenn die Annahme der Herrenlosigkeit sich als falsch ergiebt, kann der Umstand, ob es eine offenbar sehr lange Zeit verborgene Sache war, oder nicht, Einfluß auf die Beurtheilung der Handlung des Occupanten haben; im ersten Fall wird seine Behauptung, er habe die Sache für herrenlos gehalten, glaubhaft sein, in dem zweiten nicht. Dies kann bei der Frage, ob er als Dieb zu behandeln ist, wichtig sein. Eben so wenig ist es relevant für den Eigenthumserwerb, ob die Sache vergraben oder sonst verborgen ist, z. B. in einer beweglichen Sache. (Häufig wird „Finden" als eine eigene Classe der Occupation behandelt. Dies ist jedoch falsch, denn Finden ist gar keine juristische Handlung. Z. B. ich lasse einen alten Schrank repariren, der Tischler findet in einem verborgenen Schubfach Geld. Er kann nicht wissen, ob dies Geld ein herrenloses ist, daher apprehendirt er nicht mit dem animus domini. Sein Finden macht ihn nicht zum Eigenthümer.)

Mit der Occupatien von Schätzen, welche in Grundstücken verborgen liegen, ist durch singuläre Vorschrift ein besonderes Recht verknüpft worden. Der Eigenthümer des Grundstücks kann die Hälfte fordern, das Ganze, wenn absichtlich ohne seine Einwilligung gesucht worden ist. Dasselbe Recht steht rücksichtlich der auf res fiscales, publicae, sacrae, religiosae gefundenen Schätze dem Fiscus zu. (§. 39. I. de rer. div. spricht nur historisch von der Verordnung Hadrians.) Der Finder braucht dem Grundeigenthümer keine Anzeige zu machen, ausgenommen wo der Fiscus berechtigt ist, in welchem Falle ihn das Gesetz mit Strafe der Erstattung des Ganzen und überdies des Werths bedroht. Dieses Recht des Grundeigenthums hat man als einen Eigenthumserwerb im Augenblick der fremden Occupation angesehen; woraus dann die Frage entstanden ist, ob es als eine Erwerbung durch Accession zu betrachten sei rc. Jene Ansicht ist ungegründet; der Grundeigenthümer hat nur eine Forderung. Auch ist diese Bestimmung eine singuläre, welche nicht ausgedehnt werden darf, namentlich nicht auf das Finden in einer beweglichen Sache. Weder 1) dem Hauseigenthümer, in dessen Haus die bewegliche

Sache steht, noch 2) dem Eigenthümer der beweglichen Sache steht das Recht zu, soweit überhaupt ein fremder Finder als Occupant gelten kann.

4) Bei der Fabrication wird eine Sache hervorgebracht, bei welcher die Frage entstehen kann, ob das Eigenthum durch den Stoff oder durch die Arbeit bestimmt wird, wenn nämlich der Fabrikant aus einem fremden Stoff und zwar mit dem animus domini sein Fabrikat gemacht hat. (Von dem Fall, wenn Form und Stoff von derselben Person ausgehen, ist natürlich nicht die Rede, und dahin gehört auch, wenn der Verfertiger für einen Andern arbeitet.)

Ein Theil der römischen Juristen glaubte einfach bei dem Satz sich beruhigen zu können, daß der Stoff, nicht die Form das Eigenthum bestimme. Nur wenn der Fabrikant außer der Arbeit auch einen Theil des Stoffs von dem Seinigen genommen hatte, brachten sie den fremden Theil des Stoffes nicht in Anschlag. Sie stellten also als Regel auf: quod ex re nostra fit nostrum est.

Aber es ist nothwendig, bei dieser Frage tiefer auf den Grund zu gehen. Dies geschah von andern römischen Juristen, deren Meinung Justinian recipirt hat. Die Fabrication kann eine Eigenthumserwerbsart werden, in welchem Fall sie Specification genannt wird. Nur allmählig hat sich diese richtige Ansicht im römischen Recht rein und wahr ausgebildet.

Dieser Erwerb durch Specification setzt voraus, daß das fremde Eigenthum am Stoff untergegangen ist. Dies kann unmöglich die Wirkung einer bloßen neuen über den Stoff gezogenen äußern Form sein, also z. B. nicht bei einem Gefäß aus fremdem Metall, wenn nicht die Form entschieden das ist, was der Sache den Werth giebt (hier kann man die Form nicht ein äußerlich Hinzugekommenes nennen, vielmehr ist der Stoff Accession der Form), ferner nicht bei einem bloß gefärbten Stoff. Noch weniger tritt jene Wirkung ein, wenn gar keine neue Form geschaffen, sondern nur eine Hülle weggenommen ist, so beim Ausdreschen von Getreide (was in den Institutionen als Beispiel angeführt, aber in den Digesten berichtigt und ausdrücklich als falsche Meinung erwähnt wird), ebenso beim Keltern des Weins, Pressen der Oliven, worin nicht einmal eine Fabrication liegt. Anders verhält es sich bei eigentlicher Fabrication von Wein, z. B.

Champagner, von Branntwein, Bier, künstlich gewonnenem Oel u. s. w.

Das Eigenthum am Stoff muß untergegangen sein durch Untergang der Sache, um dem Erwerb durch Fabrication Raum zu geben. Ein Kennzeichen wird sein, wenn der Stoff sich nicht wiederherstellen läßt, z. B. wenn aus einer Flüssigkeit eine andere gemacht ist, wie bei der Fabrication von Getränken, bei der Verfertigung von Stahl, Leder, Tuch aus Wolle rc.

Daraus ergiebt sich das Princip: die Specification besteht darin, daß wirklich eine neue Sache aus dem alten Stoff, der in ihr aufgegangen und untergegangen, hervorgebracht worden ist. Diese kann nicht dem Eigenthümer derjenigen Sache zugesprochen werden, welche zur Hervorbringung der ersteren gedient hat, denn sie ist nicht seine Sache mehr (so daß sie nur eine andere Gestalt angenommen hätte), sondern eine neue, andere, also jenem gegenüber eine herrenlose. Eben darum ist sie Gegenstand des Erwerbs durch Occupation, und diese geschieht von dem, der sie verfertigt hat, oder für den sie verfertigt wird.

Nach diesem Princip entscheidet sich auch die Frage: ob bona fides des Specificanten erforderlich sei? Der Grund des Erwerbs ist, daß die Sache eine neue, die alte untergegangen ist. Die mala fides kann auf diesen Erfolg und folglich auch auf die Eigenthumsfrage keinen Einfluß haben.

Einige Stellen[2]) erregen jedoch Bedenken. Man hat sie aus der verworfenen Ansicht der Sabinianer erklären wollen, aber sie rühren zum Theil von Juristen her, welche der richtigen Ansicht sind. Sie sind also nur als Modificationen für einen gewissen Fall zu betrachten. Wenn nämlich der Specificant den Stoff gestohlen hat, so soll dem Bestohlenen die condictio furtiva und die actio ad exhibendum auf die Species zustehen, wie wenn der Specificant nicht Eigenthümer wäre. Darauf beschränkt sich aber auch diese Ausnahme.

5) Zur Dereliction gehört der Wille, das Eigenthum aufzugeben und die Ausführung dieses Willens. Es war streitig unter den römischen Juristen, ob nicht erst durch Occupation des Andern das Eigenthum verloren werde. Der Verlust tritt aber

---

2) L. 12. §. 3. D. ad exhib. (10, 4.) L. 13. 14. §. 3. D. de cond. furt. (13, 1.) L. 4. §. 20. D. de usurp. (41, 3.) L. 52. §. 14. D. furt. (47, 2.)

auch ohne Occupation von Seiten eines Andern ein. Einen Theil kann man derelinquiren, wenn man nur zu diesem Theil, sei er ein quoter oder körperlicher, Eigenthümer ist. Außerdem ist dies bei einem quoten Theil nicht möglich, weil dieser nicht existirt, bei einem körperlichen nur, sofern der äußere Act möglich ist, z. B. den locus eines Grundstücks, nicht den Theil einer beweglichen Sache, so lange er mit ihr verbunden ist.

Ueber den ager desertus s. das Lehrbuch. Nicht jeder Eigenthümer, der sein Grundstück verläßt und unbebaut liegen läßt, fällt unter das Gesetz[3]). Umgekehrt ist es unrichtig, dasselbe auf fundi patrimoniales und den Erwerb des Erbpachts einzuschränken. Gegründet ist die Beschränkung auf solche Fälle, wo ein öffentliches Interesse an der Cultur vermöge eines bestimmten Rechts besteht. Der Grundsatz ist als eine bloße Finanzmaßregel entstanden, damit dem Staat nicht die Steuern und Abgaben entgingen, die so unerschwinglich waren, daß viele Eigenthümer bis auf bessere Zeiten ihren Grundbesitz verließen. Will man den Rechtssatz dennoch für anwendbar halten, so muß man wenigstens an jener Bedingung festhalten, also z. B. die Desertion als unzulässig betrachten, wenn das Zehntrecht dadurch leidet.

Erwerb durch Ersitzung.

§. 155.

Als Eigenthümer soll behandelt werden, wer eine Sache unter gewissen Voraussetzungen eine gewisse Zeit hindurch ununterbrochen besessen hat. Diese Erwerbung heißt Ersitzung („Adquisitivverjährung"). Im römischen Recht (theils dem älteren, theils dem neueren) kommt sie in drei Formen bei dem Eigenthum vor, 1) als usus auctoritas, usucapio. So erscheint sie schon im ältesten Recht, mit der kurzen Zeit von 1 oder 2 Jahren, dagegen mit dem Erforderniß der bona fides und des iustus titulus, und so daß sie bei gewissen Sachen ausgeschlossen ist. Theils nämlich schließt ein gewisser Umstand, der die Sache betroffen hat, die Usucapion aus, theils kann sie nicht gegen gewisse Eigenthümer geltend gemacht werden. Sodann war diese Usucapion eine Erwerbung des quiritischen Eigenthums, und fiel

3) L. 11. C. unde vi (8, 4).

daher für Personen und an Sachen weg, welche dieses Eigenthums nicht fähig waren (Peregrinen konnten nicht usucapiren, Provinzialgrundstücke nicht usucapirt werden). Außerdem versteht es sich von selbst, daß sie als Eigenthumserwerb überhaupt, wie jeder andere auch, wegfällt bei Sachen, die allem Commercium entzogen sind, wie z. B. res divini iuris.

2) als longi temporis possessio, mit der längern Zeit von 10 und 20 Jahren, mit Rücksicht auf die Anwesenheit oder Abwesenheit des Eigenthümers, aben ebenfalls mit dem iustum initium (was sich hier beim Eigenthum ebenso als bona fides und iustus titulus gestaltet). Auch hier sind gewisse Sachen ausgeschlossen; nur nicht wegen Unmöglichkeit des quiritischen Eigenthums, weil die bonae fidei possessio keine Erwerbung dieses Eigenthums ist. Sie war ursprünglich bloß eine Verjährung der Eigenthumsklage, longi temporis praescriptio, später aber wurde ihr die höhere Wirkung des Eigenthumserwerbs zu Theil, wodurch sie in die Reihe der Ersitzungen trat.

3) als außerordentliche Ersitzung von 30 und mehr Jahren, mit bona fides ohne iustus titulus, und ohne Ausschließung der Sachen, welche von der usucapio und longi temporis possessio ausgenommen waren, nur natürlich mit Ausnahme der Sachen, welche dem Eigenthum überhaupt entgegen sind. Dieses longissimum tempus bewirkte anfangs (seit Theodosius II.) nur eine praescriptio XXX annorum, das Institut war also eine bloße Klagverjährung. Justinian machte daraus eine Ersitzung, unter der Bedingung, daß bona fides hinzukomme.

Die Bedeutung der Ersitzung ist überhaupt Ergänzung einer unvollkommenen Erwerbung. Diese Unvollkommenheit kann 1) darin bestehen, daß keine quiritische Erwerbung geschehen und nachgewiesen werden kann, die Ersitzung fügt das quiritische Eigenthum hinzu (dies ist die ursprüngliche Bedeutung der Definition in L. 3. D. de usurp.[1]), in welcher „adiectio“ nicht in adeptio zu verwandeln ist, wie Manche vorgeschlagen haben); 2) darin, daß überhaupt keine Eigenthumserwerbung erwiesen werden kann. Der Zweck ist also die Sicherung des Eigenthums[2]),

---

1) L. 3. D. de usurp. (41, 3): Usucapio est adiectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti.

2) L. 1. D. eod.

und dieser kann nur dadurch erreicht werden, daß der, welcher ersessen hat, ohne Rücksicht auf das frühere Eigenthum eines Andern, schlechthin als Eigenthümer behandelt wird. Daher kann die Ersitzung die Wirkung haben, den wahren Eigenthümer um sein Eigenthum zu bringen, was aber nur die nicht auszuschließende, nicht die direct beabsichtigte Wirkung ist. Diese Möglichkeit hört auf bedenklich und ungerecht zu sein, indem die Wirkung an jene strengen Erfordernisse geknüpft ist. Die letzten sind desto strenger, je kürzer die Zeit ist. Ist aber die Zeit eine sehr lange, so muß schon dieses Erforderniß als eine hinlängliche Concession an einen etwaigen Eigenthümer angesehen werden.

Die alte usucapio hatte die doppelte Bedeutung: Verwandlung des bonitarischen Eigenthums in quiritisches, und Bewirkung der Sicherheit des Eigenthums überhaupt. Die beiden andern Ersitzungsarten dagegen haben von Anfang nur die zweite Wirkung geäußert. Mit dem Wegfall der Unterscheidung von bonitarischem und quiritischem Eigenthum ist aber im neuern Recht überhaupt die erste Bedeutung weggefallen, und auch für die Usucapio ist nur die zweite geblieben.

Im justinianischen Recht werden noch jene drei Ersitzungsarten genannt, und im Ausdruck unterschieden: usucapio, longi temporis possessio, possessio triginta annorum. Sind sie aber auch noch in der Sache als drei verschiedene Institute zu behandeln? Manche Juristen behaupten dies. Es ist wichtig, darüber ins Klare zu kommen. Als verschiedene Institute könnten sie bestehen 1) durch Verschiedenheit der Wirkung, wodurch sie am vollkommensten von einander getrennt sein würden; 2) durch Verschiedenheit der Erfordernisse, dies wäre ein unvollkommener Grund der Scheidung, aber doch noch immer ein Grund, wenigstens verschiedene Ersitzungsarten anzunehmen.

1) In der Wirkung als Eigenthumserwerbung unterscheiden sich jene Ersitzungen durchaus nicht mehr. Sie erzeugen das Eigenthum und zerstören das etwaige Eigenthum eines Andern, das Eigenthum aber, welches sie hervorbringen, ist immer dasselbe, weil es keine Verschiedenheit des Eigenthums mehr giebt. Von dem Augenblicke an, wo die Unterscheidung von domin. bonitar. und quirit. ihre Bedeutung verlor, mußte auch die der usucapio und longi temporis possessio unpraktisch werden.

Justinian fand die Usucapio von 1 Jahr bei beweglichen

Sachen vor und erhöhte sie auf 3 Jahre; ferner die Usucapion von 2 Jahren bei Grundstücken, aber diese nur bei italischen Grundstücken, die in seinem Reich überaus selten waren. Die meisten waren Provinzialgrundstücke, welche in 10—20 Jahren durch die longi temporis possessio ersessen wurden. Hätte Justinian die Usucapion unbeweglicher Sachen von 2 Jahren für jene Grundstücke neben dieser beibehalten wollen, so wäre dies eine große Ungeschicklichkeit gewesen. Er hob sie daher auf und setzte an ihre Stelle die Bestimmung, daß alle unbeweglichen Sachen in 10—20 Jahren ersessen werden sollten. Daher bedeutet usucapio im justinianischen Recht gewöhnlich die Ersitzung beweglicher, longi temporis possessio die Ersitzung unbeweglicher Sachen. Bloß um Mißverständnisse zu verhüten bequemte sich Justinian dem herkömmlichen Sprachgebrauch. Da die Verschiedenheit der Wirkung aber ganz weggefallen ist, so sind dies ebenso wenig verschiedene Institute mehr, als die Usucapion beweglicher Sachen ein anderes Institut war, als die Usucapion unbeweglicher Sachen nach altem Recht. Gelegentlich wird denn auch wohl einmal sogar der Name Usucapion für die longi temporis possessio angewendet[3]).

Man hat die fortwährende Unterscheidung der usucapio und longi temporis possessio als besonderer Institute dadurch begründen wollen, daß das longum tempus noch gewisse andere Wirkungen haben kann, so namentlich die libertatis usucapio gegenüber einem Pfandrecht. Aber dies ist keine Wirkung der Ersitzung des Eigenthums, sondern eine ganz andere Ersitzung, die sich nur zufällig mit jener verbinden kann. Als Eigenthumserwerbsarten haben usucapio und longi temporis possessio schlechterdings keine verschiedene Wirkung, und eben dies gilt auch von der außerordentlichen Ersitzung.

2) Soll daher eine Unterscheidung verschiedener Ersitzungsarten begründet sein, so muß sie in einer Verschiedenheit der Erfordernisse ihren Grund haben. Ein solcher Unterschied besteht allerdings zwischen der außerordentlichen Ersitzung auf der einen, und der usucapio und longi temporis possessio auf der andern Seite; aber durchaus nicht zwischen der usucapio und longi temporis possessio. Diese sind wie in der Wirkung, so auch in den

3) Pr. Inst. de usuc. (2, 6.)

Erfordernissen Ein Institut: ordentliche Ersitzung von beweglichen und unbeweglichen Sachen. Daß beide Arten von Sachen hier (nicht bei der außerordentlichen Ersitzung) eine verschiedene Zeit fordern, begründet keine Verschiedenheit des Instituts, denn dasselbe war ja auch bei der alten usucapio der Fall, welche doch gewiß ein einheitliches Institut war. Nur wenn Justinian an gewissen unbeweglichen Sachen noch 2 Jahre, an andern 10—20 Jahre beibehalten hätte, ließe sich eine Doppelheit der Ersitzung behaupten. Dieser Ungeschicklichkeit hat er sich nicht schuldig gemacht.

Ein neuerer Schriftsteller[4]) hat freilich eine Anzahl Verschiedenheiten aufgefunden, so die Zeit der bona fides, welche bei der usucapio nur im Anfang, bei der l. t. praescriptio nach canonischem Recht fortwährend nothwendig sei; ferner verschiedene Unterbrechung, bei der usucapio durch Civilcomputation, bei der l. t. praescriptio durch Naturalcomputation. Alles dies ist jedoch erdichtet, und zwar auf so ungeschickte Weise, daß das Resultat eine legislatorische Bornirtheit wäre.

Das Resultat aus dem Bisherigen ist also folgendes: das justinianische Recht kennt keine verschiedene Eigenthumsersitzungen in Beziehung auf die Wirkung. Wir können für alle den Ausdruck Usucapion gebrauchen. In Beziehung auf die Erfordernisse ist 1) zwischen außerordentlicher Ersitzung, 2) ordentlicher Ersitzung zu unterscheiden. Innerhalb dieser letztern bestehen auch in Beziehung auf die Erfordernisse keine Verschiedenheiten, die eine Unterscheidung verschiedener Ersitzungsarten begründen könnten.

Erfordernisse der ordentlichen Ersitzung.

Zeit.

§. 156.

Der Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen ist veranlaßt durch die im Ganzen größere Wichtigkeit, welche auf die letzteren gelegt wird. Sie hat denselben Grund, wie andere Erschwerungen des Erwerbs und Verlustes des Eigenthums, z. B. durch vermehrte Solennitäten.

Der Unterschied zwischen Abwesenheit und Anwesenheit, welcher für unbewegliche Sachen besteht, ist eine billige Rücksicht

---

4) Hameaux die usucapio und l. t. praescriptio. 1835.

auf den Eigenthümer, dem durch seine Abwesenheit die Verhütung der Usucapion erschwert wird. Nach römischem Recht galt derselbe als abwesend, wenn er in einer andern Provinz sich befand, nach heutigem Recht ist auf das Domicilium unter demselben Oberrichter zu sehen, was der römischen Bestimmung am analogsten ist. Ist die Zeit zwischen An- und Abwesenheit gemischt, so gelten 2 Jahre Abwesenheit soviel als 1 Jahr Anwesenheit und umgekehrt. Man hat sich ganz ungegründete Bedenklichkeiten darüber gemacht, daß Justinian die Sache nur nicht so abstract und umfassend ausdrückt[1]).

Die Zeit ist tempus continuum; in L. 31. §. 1. de usurp. heißt es: in usucapionibus mobilium continuum tempus numeratur. Der Jurist schrieb annus; dies wird hervorgehoben, weil bloß hier ein Zweifel möglich ist; die längere Zeit ist ohnehin nie utile.

Häufig hat man geglaubt, die Unmöglichkeit, die Klage anzustellen, hindere den Zeitablauf. Diese Meinung beruht jedoch auf einer Vermengung der Ersitzung mit der Klagverjährung. Nur in den Fällen, wo die Sache an Personen kommt, gegen welche keine ordentliche Usucapion möglich ist, ruht die Verjährung (§. 158). Außerdem ist nur in integrum restitutio möglich, sobald die Erfordernisse derselben vorhanden sind (was jedoch nie bei der außerordentlichen Ersitzung gilt).

Von der Zusammenrechnung der Besitzzeit mehrerer Besitzer. Die Usucapion ist vollendet, wenn der sie Allegirende die erforderliche Zeit hindurch fortwährend besessen hat. Aber zuweilen wird zu seinem Besitz noch der eines Andern hinzugerechnet. Dieses kommt in drei Gestalten vor: 1) dem jetzigen Besitzer accedirt der Besitz des Vorgängers; 2) umgekehrt der jetzige Besitz accedirt zu dem Besitz des Vorgängers; 3) der Besitzer wird während der Zeit, wo ein anderer besaß, als Besitzer fingirt. — Man hat alle diese Fälle unter dem Namen accessio possessionis oder temporis begriffen (ein Ausdruck, dessen auch schon die römischen Juristen in diesem allgemeinen Sinne sich bedienen), aber man darf nicht vergessen, daß die Fälle sehr verschieden sind. Uebrigens findet nach justinianischem Recht diese Zusammenrechnung bei jeder Ersitzung statt.

---

1) S. dagegen Hugo civil. Magazin V. 17.

1) Eigentliche accessio possessionis. Diese besteht darin, daß der Usucapient sich den Besitz seines Vorgängers zurechnet. Sein Besitz ist das principale, der andere die accessio. Erfordernisse derselben sind: eigener Besitz des Usucapienten, Besitzerwerb vermöge eines derivativen Titels, wirkliche Succession. Die Accessio findet nicht statt für den, welcher aus einem putativen Titel überhaupt pro suo usucapirt[2]). Ob der Auctor freiwillig oder gezwungen tradirt, ist gleichgültig. Der Besitz des Auctors als solcher wird zugerechnet, daher auch der, welcher seiner Eigenschaft als Auctor vorhergeht (vgl. Note f d. Lehrb.). Die Worte L. 14. pr. D. de usurp.[3]) sind nicht wörtlich zu verstehen; wenn mein Verkäufer nachher wieder in den Besitz gekommen ist, so ist dieser Besitz nicht zurechenbar, darum, weil jener irgend einmal mein Auctor war. Zwischen dem Auctor und dem Successor darf kein Besitz eines Andern, der nicht accedirt, dazwischen liegen. Wohl aber ist eine Accession des Besitzes des Auctors möglich sammt den Accessionen, die dieser hatte. Hat der Auctor nicht besessen, so ist natürlich auch keine Accessio anzunehmen, sein Besitz muß aber ferner auch die Eigenschaft des Usucapionsbesitzes haben, da für den fremden Besitz, welcher den eigenen suppliren soll, keine geringeren Erfordernisse bestehen können, als für diesen.

2) Successio in usucapionem. Durch den Tod des Usucapienten wird die Usucapion nicht unterbrochen, sondern fortgesetzt auch hereditate iacente, obgleich in dieser Zwischenzeit eigentlich kein wirklicher Besitz besteht. Der Erbe succedirt nicht in den Besitz, aber in die Usucapion des Erblassers; wenn er Besitzer wird, so ist sein Besitz nur der fortgesetzte Usucapionsbesitz des Erblassers. Der Besitz des letztern accedirt nicht eigentlich dem Erben, sondern umgekehrt. Die eigentliche accessio possessionis enthält eine Modification des Grundsatzes, daß die Zeit von Anfang des Besitzes des Usucapienten abgelaufen sein muß, nicht so die successio in usucapionem, bei welcher als Usucapient noch immer der Erblasser zu denken ist. Die Folgen davon sind: a) die Usucapion wird in Beziehung auf die Erfordernisse, welche am Anfang vorhanden sein müssen, nach der Person des Erblassers

---

2) Vgl. §. squ. und Note d des Lehrbuchs.

3) „Id tempus venditoris prodest emtori, quo antequam venderet possedit. Nam si postea nactus est possessionem venditor, haec possessio emtori non proficiet.“

beurtheilt, der Titel ist der des Erblassers, nicht der Titel pro herede. b) Der Besitz des Erben ist nicht überall zur Vollendung der Usucapion nöthig. Vor allem kann sie durch Ablauf der Zeit hereditate iacente vollendet werden. Sodann auch nach Antritt des Erben, wenn die Sache in der Detention eines Repräsentanten ist, außerdem ist allerdings zur Vollendung Besitzergreifung des Erben nöthig. Ist die Zeit abgelaufen, so bedarf es aber auch nur dieser Besitzergreifung.

3) Es giebt Fälle, wo der Besitz des Usucapienten durch den Zwischenbesitz eines Andern unterbrochen war, und doch derselbe Zwischenbesitz nach wiedererlangter possessio angerechnet werden kann, obgleich nach den Grundsätzen von der eigentlichen accessio possessionis eine solche nicht zulässig ist. Diese Fälle sind a) Veräußerung unter einer Resolutivbedingung, wenn diese eintritt. Hier ist keine eigentliche accessio possessionis, weil der Zwischenbesitzer nicht als auctor angesehen werden kann; b) Verleihung eines Precariums, nach Zurückgabe desselben. Auch hier findet keine eigentliche accessio possessionis statt, da der Zwischenbesitzer weder Auctor, noch selbst Usucapionsbesitzer ist.

Besitzerwerb mit iustus titulus und bona fides.

§. 157.

Die Usucapion kann nie eintreten, wenn der Besitz nicht mit der Ueberzeugung, das Eigenthum zu erwerben, mit der bona fides, erworben ist. Die Ausnahmen des älteren Rechts sind weggefallen. Bei der ordentlichen Usucapion ist die bona fides nicht bloße Abwesenheit der mala fides, sondern etwas positives; die positive Seite besteht in dem Erforderniß eines Titels.

1) Die bona fides ist eine Qualität des Besitzerwerbs, sie bezieht sich aber zugleich auf die causa, daher sie nicht bloß zur Zeit der Tradition, sondern auch schon des Kaufs vorhanden sein muß. Wer also zur Zeit des Kaufs das Bewußtsein hatte, daß der Verkäufer nicht Eigenthümer war, vor der Tradition aber zu der Meinung sich bewogen findet, daß er sich geirrt habe, kann nicht usucapiren. Nach römischem Recht ist die bona fides nur am Anfang nothwendig, sie ist ihrem Begriff nach darauf beschränkt. Das canonische Recht fordert, daß der Usucapient bis zur Vollendung nicht das Bewußtsein habe, daß die Sache eine

fremde sei, also: bona fides im positiven Sinn am Anfang und fortdauernde Abwesenheit der mala fides.

2) Wird der Besitz durch Stellvertreter erworben, so beginnt die Usucapion regelmäßig nicht in der Person des Repräsentanten (erst wenn dieser die Apprehension in Erfahrung bringt), also kann auf seine bona fides nichts ankommen, sondern die bona oder mala fides des Dominus entscheidet. Aber es giebt Fälle, wo die Usucapion in der Person des Repräsentanten beginnt (in dem filius peculii nomine, dem Vormund, dem Beamten), hier ist also ausnahmsweise die bona fides des Repräsentanten nothwendig, seine mala fides schadet. Bona fides des Dominus ist insofern nicht nöthig, als er nichts davon zu wissen braucht. Weiß er es aber, so schadet seine mala fides, und zwar nach heutigem Recht, auch wenn sie erst nach dem Anfang eintritt.

3) Insofern die bona fides ein Irrthum ist, muß sie ein error facti sein, überhaupt ein entschuldbarer (nicht ein error facti proprii).

4) Die objective Grundlage ist enthalten in der causa possessionis. Regelmäßig ist ein wirklicher iustus titulus erforderlich, d. h. ein Erwerbsgrund, der an sich fähig ist, zum Eigenthümer zu machen, wenn er auch im vorliegenden Fall wegen eines dem Erwerber unbekannten Hindernisses diesen Erfolg nicht hatte. Der Irrthum darf nicht die Existenz des Titels selbst zum Gegenstand haben, der Titel darf nicht putativ sein. Die opinio emtionis begründet keine usucapio pro emtore. Dennoch müssen Ausnahmen zugelassen werden. Es kann sein, daß eine vollkommen begründete Ueberzeugung existirte, daß man Eigenthümer geworden sei. Das was dieser Titel verschaffen soll, ist hier auch gegeben, es wäre Willkür, die Usucapion unter solchen Umständen auszuschließen, z. B. mein Procurator überbringt mir die Sache als eine für mich gekaufte (die Wirkung ist nur die Ueberlieferung durch den Procurator, dies ist aber nicht der Eigenthumserwerb). Unter solchen Umständen also ist auch ein putativer Titel von Wirkung. Die Regel ist: die Usucapion kann vor sich gehen, wenn ein hinreichender Grund, der auch einen überlegten und gewissenhaften Mann bewegen konnte, sich für den Eigenthümer zu halten, vorhanden war.

Alle Eigenthumserwerbungen können auch die Function eines Usucapionstitels haben. Bei der Tradition wird der Titel von

der iusta causa genannt: pro emtore, pro donato, pro dote, pro soluto; ohne Tradition: pro legato, pro herede, pro derelicto, pro suo; das letztere im allgemeinen Sinn: als Eigenthümer, im engern Sinn ohne Succession.

Ueber einige Titel ist Streit (vgl. Note m des Lehrbuchs). Die usucapio pro herede gilt ohne Zweifel als putativer Titel, wenn jemand sich für den Erben hält, vorausgesetzt daß er einen Grund dazu hat. Die Sache muß aber eine res hereditaria sein, daher auch immer das Vorhandensein einer hereditas, also der Tod des Eigenthümers vorausgesetzt wird. Sie findet nicht statt gegen sui heredes. — Man darf damit nicht die Haftung gegenüber der hereditatis petitio zusammenwerfen.

Es könnte die Frage entstehen, ob nicht auch der Fall hieher zu rechnen sei, wenn jemand wahrer Erbe ist, aber fremde Sachen besitzt, die nicht erbschaftlich sind. Daß eine Usucapion eintreten kann, ist gewiß[1]. War der Erblasser Usucapionsbesitzer, so succedirt der Erbe in dessen Titel, war er durch ein Vitium in seiner Person abgehalten, so succedirt der Erbe in dies Vitium. Außerdem kann er die Usucapion anfangen, aber ist dies usucapio pro herede? Da die Sache in keiner Beziehung zur Erbschaft steht, so kann wohl nicht gesagt werden, daß er sie wirklich pro herede besitze. Zwei Fälle des ältern Rechts, 1) die usucapio lucrativa, 2) die usucapio des bonorum possessor[2]) sind im justinianischen Recht weggefallen.

Kann ein rechtskräftiges Urtheil einen Usucapionstitel abgeben? Gewiß ist dies bei der Adjudication der Fall. Ferner wenn Condemnation zur Leistung der Sache erfolgt ist, so usucapirt der Empfänger pro soluto. Aber ist es auch so bei dem Urtheil auf die rei vindicatio? Dies ist der streitige Fall. Die Frage wird sich durch folgende Erwägung erledigen. Das Urtheil ist Usucapionstitel, heißt: es ist der Grund der bona fides. Kann nun der Sieger sagen, ich glaube Eigenthümer zu sein, weil der Richter für mich gesprochen hat? Nein, sondern er kann nur auf den Grund sich berufen, welcher den Richter zu seinem Urtheil bewogen hat. Die Autorität des Richters bestärkt ihn nur in dieser Ueberzeugung.

---

1) L. 3. D. pro herede (41, 5): Plerique putaverunt, si heres sim et putem rem aliquam ex hereditate esse, quae non sit, posse me usucapere.
2) Vgl. Puchta, Institutionen. Bd. II. §. 239.

Usucapionsfähigkeit der Sache.

§. 158.

S. das Lehrbuch.

Erfordernisse der außerordentlichen Ersitzung.

§. 159.

Die suppletorische Eigenschaft der außerordentlichen Ersitzung beruht darauf, daß sie keinen Titel fordert, und nicht durch Usucapionsunfähigkeit der Sache ausgeschlossen ist. Dagegen ist sie unabhängig davon in manchen Fällen beschränkt, wo die dreißigjährige Verjährung ausgeschlossen ist, bei Pupillen, Adventicien, Ehefrauen. In den beiden letzten Fällen trifft also zufällig die Ausschließung der außerordentlichen mit der ordentlichen zusammen (nämlich im Fall einer Veräußerung). Ferner durch die Ausdehnung der Klagverjährung auf 40 oder mehr Jahre, z. B. gegen die Kirchen, was jedoch nicht auf die ordentliche Usucapion bezogen werden darf. Unbewegliche Sachen derselben sind nicht ordentlich zu usucapiren und außerordentlich erst in 40 Jahren, bewegliche Sachen außerordentlich in derselben Zeit, aber ordentlich, also mit iustus titulus und wenn kein Vitium vorhanden ist, in drei Jahren nach der allgemeinen Regel.

Unterbrechung der Ersitzung.

§. 160.

Unterbrechung der Usucapion ist völliges Aufhören derselben, so daß sie, um Statt zu haben, von neuem mit allen Erfordernissen beginnen muß. Unterschieden davon ist der Fall, wenn nur eine gewisse Zeit nicht eingerechnet wird, also namentlich wenn die Sache in das Eigenthum einer Person kommt, gegen welche die Usucapion nicht stattfindet. Nach Wegfall des Hindernisses knüpft sich die spätere Zeit an die frühere an. Betreffen die Hindernisse die ordentliche Usucapion, so kann sie als außerordentliche auch für diese Zwischenzeit fortdauern.

Die Usucapion hat theils Erfordernisse, welche nur in den Anfang fallen, z. B. den Titel, theils dauernde. Wenn diese anfangs vorhanden waren, nachher aber wegfallen, so ist die Usucapion unterbrochen, s. das Lehrbuch. Die vornehmste Un=

terbrechung ist der Besitzverlust. Vgl. darüber die Lehre vom Besitz.

Auch ohne Unterbrechung kann der Eigenthümer die Usucapion durch Anstellung der Vindication und die Litiscontestation abwenden. Denn wenn sie auch nachher vollendet wird, so ist dies unschädlich, sobald eine condemnatorische Sentenz erlangt worden ist, da Alles nach der Zeit der Litiscontestation beurtheilt wird. Die Litiscontestation und was ihre Stelle vertritt ist also ebenso gut, als Unterbrechung unter einer Voraussetzung, aber man kann dies nicht Unterbrechung nennen, da nichts mit der Usucapion selbst vorgeht. Jene Meinung ist nichts als eine unstatthafte Vermischung mit der Klagverjährung. — Zwar könnte man glauben, daß sie im canonischen Recht gegründet sei, in Folge des Grundsatzes, daß der bonae fidei possessor in einen malae fidei possessor verwandelt werde. Dies ist aber in dieser Allgemeinheit ein unrichtiger Satz, nur in gewisser Beziehung, nicht in Beziehung auf die Usucapion, wird der Besitzer als malae fidei possessor behandelt. Daß mein Eigenthum bestritten wird, braucht mich in meiner Ueberzeugung nicht wankend zu machen, geschweige daß es mir das Bewußtsein geben müßte, die Sache sei eine fremde.

Beweis der Ersitzung.

§. 161.

S. das Lehrbuch.

Eigenthumserwerb durch Verbindung.

Verbindung ohne Accession.

§. 162. 163.

Bei einer Verbindung zweier Sachen verschiedener Eigenthümer, so daß sie in einem gleichen Verhältniß stehen (s. g. confusio oder commixtio) tritt eine Eigenthumsveränderung ein, wenn die Sachen ihr selbstständiges Dasein unwiderruflich verloren haben, also unscheidbar sind, z. B. zwei Weine. Hier kann eine Specification eingetreten sein, wenn eine neue Species entstanden ist, z. B. Getränke aus zwei Stoffen, Tuch aus der Wolle zweier Eigenthümer. Außerdem wird die Mischung res commu-

nis, jeder Eigenthümer verliert sein Eigenthum, und erwirbt einen dem Werth desselben entsprechenden Antheil am Ganzen.

Keine Eigenthumsveränderung tritt durch die Verbindung ein, wenn beide noch selbstständig bestehen oder dies Bestehen sich wiederherstellen läßt. Jeder hat sein Eigenthum wie zuvor, gegen den Besitzer die Vindication, wie wenn er abgesondert besäße, entweder ohne weiteres, oder bei einer Cohärenz, z. B. verschiedener Metalle vorbereitet durch die actio ad exhibendum. Eine andere davon unabhängige Frage ist, ob der Kläger seine Sache in natura erhält, oder die Aestimation. So hat z. B. bei vermischtem Getreide, wenn es ohne Schuld des Besitzers vermischt ist, dieser die Wahl zwischen der Herausgabe eines entsprechenden Maßes des Haufens, und der Geldentschädigung. Diese Frage betrifft nicht das Eigenthum, sondern nur die Restitution.

Eine abweichende Behandlung tritt ein bei vermischten Geldstücken, s. Lehrbuch a. E. Die Abweichung ist eine doppelte: 1) die Vermischung wird als integrirende, 2) als Accession behandelt. Der Grund ist folgender. Wenn die Geldstücke ihre Erkennbarkeit verloren haben, so sind sie nicht mehr als Gegenstände des Eigenthums zu betrachten, sondern nur als Repräsentanten eines Werths. Sie sind also nur noch Gegenstand einer Forderung für den früheren Eigenthümer.

Mehrere Juristen haben noch eine Ausnahme angenommen. Wenn bei einer scheidbaren Verbindung noch die Arbeit hinzukomme, und zwar so, daß einer der beiden Eigenthümer die Verbindung bewirkt habe, werde dieser durch Specification Eigenthümer des Ganzen. Also wenn jemand aus eigenem und fremdem Stoff etwas verfertige, komme das sonstige Erforderniß der Specification (Nichtwiederherstellbarkeit) nicht in Betracht. Der einzige Grund dafür ist ein äußerer, eine Stelle der Institutionen[1]).

---

1) §. 25. Inst. de rer. div. (2. 1): Cum ex aliena materia species aliqua facta sit ab aliquo, quaeri solet, quis eorum naturali ratione dominus sit — — et post multas Sabinianorum et Proculianorum ambiguitates placuit media sententia existimantium, si ea species ad materiam reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiae dominus fuerat, si non possit reduci, eum potius intelligi dominum qui fecerit —. Quodsi partim ex sua materia, partim ex aliena speciem aliquam fecerit quisque, veluti ex suo vino et alieno melle mulsum, aut ex suis et alienis medicamentis emplastrum aut collyrium, aut ex sua et aliena lana vestimentum, dubitandum non est, hoc casu eum esse dominum, qui fecerit, cum non solum operam suam dedit, sed et partem eiusdem materiae praestavit.

Man hat sie so verstanden, als ob zuerst die Unwiederherstellbarkeit als Erforderniß der Specification aufgestellt, aber nachher eine Ausnahme hinzugefügt werde für jenen Fall. Gegen diese Erklärung spricht schon, daß lauter Beispiele von unscheidbaren Verbindungen angeführt sind: Getränke, Medikament, Tuch. Ferner den Worten nach kann das Gesetz ebenso gut auf den vorauserwähnten Streit bezogen werden, so daß von diesem jener Fall eine Ausnahme machte. Diese Erklärung ist vorzuziehen, zumal da jener Stelle sowohl mehrere Digestenfragmente[2]) widerstreiten, als auch die Allgemeinheit jenes Erfordernisses der wesentlichen Verbindung bei allen diesen Erwerbsarten: Specification, Vermischung, Accession.

Accession.

§. 164.

Accession ist die Verbindung zweier Sachen, wobei die eine als die Hauptsache, die andere bloß als Theil derselben besteht. Der Einfluß auf das Eigenthum hängt von der Innigkeit der Verbindung ab. Drei Fälle sind denkbar:

1) Accession zu einer universitas rerum; diese bewirkt keine Eigenthumsveränderung, sie ist auch ohne Einfluß auf die Vindication, vielmehr kann sofort vindicirt werden. Der Unterschied zwischen den beiden Eigenthümern ist nur der, daß der Eigenthümer der Hauptsache das Ganze, z. B. eine Heerde vindiciren kann (mit Abzug der fremden Stücke bei der Restitution), was jedoch voraussetzt, daß die größere Anzahl von Stücken sein ist. Im Fall der Gleichheit ist jeder auf die Vindication der angegebenen Stücke beschränkt.

2) Körperliche Verbindung, aber nicht wesentliche. Hier findet ebenfalls keine Veränderung des Eigenthums statt, wohl aber ein Einfluß auf die Vindication. Der Eigenthümer der Hauptsache vindicirt nach wie vor seine Sache ungeachtet des fremden Bestandtheils. Der Eigenthümer der Accession muß zuerst ad exhibendum klagen.

3) Wesentliche Verbindung. Dadurch geht das Eigenthum an der Accession unter. Der Eigenthümer hat nur eine Forde-

---

2) L. 5. pr. §. 1. D. de R. V. (6, 1.) L. 12. §. 1. D. de adquir. dom. (41, 1.)

rung, entweder auf vollen Ersatz seines Verlustes, oder in quantum locupletior factus est alter. Hier also besonders wird die Frage wichtig, welche von beiden Sachen die Accession ist.

Die Entscheidung kann namentlich zweifelhaft sein bei dem Zusammenkommen von zwei beweglichen Sachen. Das Princip s. oben §. 37, wo auch schon bemerkt ist, daß bei den römischen Juristen einige unrichtige Entscheidungen darüber vorkommen.

Wenn die eine Sache eine unbewegliche ist, so kann die Accessionsqualität nicht zweifelhaft sein, es kommt also nur darauf an, daß die Verbindung eine wesentliche, integrirende ist. Es sind drei Fälle:

1) Avulsio, Abreißen eines Stück Land durch den Fluß oder sonst und Hinführen desselben an ein anderes Grundstück. Hier entsteht das Eigenthum mit dem Festwachsen.

2) Plantatio. Pflanze, Same, sowie sie Wurzel geschlagen haben. Die Wurzelung begründet den Eigenthumserwerb überhaupt, sie ist überall die Voraussetzung, daß der Eigenthümer des Grundstücks Eigenthümer der Pflanze sei. Es kann aber die Frage entstehen, von welchem Grundstück sie Theil ist, also wer von mehreren Grundeigenthümern sie erwirbt. Die Frage entscheidet sich nicht nach den Wurzeln (die Stellen, welche man hat so verstehen wollen, sprechen nur von der ersten allgemeinen Voraussetzung), sondern nach dem Stamm, wo dieser steht. Ein Baum in confinio gehört beiden Eigenthümern pro diviso, umgehauene pro indiviso.

3) Inaedificatio. In diesem Fall wird vorausgesetzt, daß das Gebäude res soli ist, nicht ein bewegliches. Res soli ist aber nur die universitas, nicht die Materialien als solche, daher erstreckt sich der Eigenthumserwerb nur auf jene. Diese daher können vindicirt werden, wenn das Gebäude zusammenstürzt. Eine Ausnahme erleidet dieser Grundsatz beim wissentlichen Bauen auf fremdem Boden, über welche Ausnahme wir jedoch einen Widerspruch im geschriebenen Recht finden[1]). Die erste der beiden citirten Stellen, so wie andere Institutionen- und Pandektenstellen

---

1) L. 7. §. 12. de adquir. dom. (41, 1): Si quis in alieno solo sua materia aedificaverit, — si scit alienum solum esse, sua voluntate amisisse proprietatem materiae intelligitur, itaque neque diruto quidem aedificio vindicatio eius materiae competit — —. L. 2. C. de R. V. (3, 32): — — si vero fuerit dissolutum, eius materia ad pristinum dominum redit, sive bona fide sive mala aedificium exstructum sit, si non donandi animo aedificia alieno solo imposita sint.

lassen eine Ausnahme bei jedem wissentlichen Bauen auf fremdem Grund eintreten, die zweite Stelle dagegen nur beim animus donandi. Diese letztere Stelle enthält die richtige Entscheidung. Sie bringt nämlich die Frage in Zusammenhang mit der Frage des Ersatzes bei Verwendungen. Werden diese ersetzt, so geht das Eigenthum an den Materialien unter, ebenso ohne Ersatz bei dem animus donandi. Auf Ersatz hat der bonae fidei possessor Anspruch, aber auch der malae fidei possessor, bei utiles wenigstens das ius tollendi. Will dies der Grundeigenthümer nicht, so kann er den Bauenden abfinden mit dem Werth nach der Wegnahme. Aber der letztere kann auch die sonstige Trennung abwarten, und dann seine Materialien in natura fordern. Dies ist offenbar die gerechte Entscheidung, die der Pandekten aber ist nicht gegründet, wenn sie Wissen von dem fremden Eigenthum und Aufgeben des Eigenthums an den Materialien als untrennbar darstellt.

§. 165.

Eine hierher gehörige Stelle, L. 65. §. 4. de adquir. dom.[1]) hat die Ausleger viel beschäftigt. In einer vorhergehenden spricht Labeo den gewöhnlichen Satz aus, also ist seine Meinung gewiß nicht, daß das Gegentheil gelten sollte. Möglich wäre, daß er dieß bloß als Consequenz bemerkt, indem er den entgegengesetzten Satz als recipirt gelten läßt. Nur würde er sich freilich geirrt haben, denn seiner Argumentation ist entgegenzusetzen, daß die Insel nicht ein in flumine innatum, sondern ein Theil des bisher occupirten Flußbettes ist. Die gewöhnliche Lösung ist, entweder zu emendiren: non si id etc., oder eine schwimmende Insel anzunehmen, von der allerdings allein gesagt werden kann, daß sie innata in flumine sei.

Erwerb der Erzeugnisse.

§. 166.

Fructus pendentes sind Theile der Sache, und damit im Eigenthum des Sacheigenthümers, aber es ist kein besonderes Eigenthum an ihnen möglich. Gegenstand eines besonderen Eigenthums werden sie erst durch die Trennung. Eigenthümer wird dadurch der Eigenthümer der Sache (ohne weitere Besitzer-

1) L. 65. §. 4. de adquir. dom. (41, 1): Labeo libro eodem: Si id, quod in publico innatum aut aedificatum est, publicum est, insula quoque, quae in flumine publico nata est, publica esse debet.

greifung). Dies gilt von allen Erzeugnissen. Dieser Erwerb des Eigenthums wird in Beziehung auf die Früchte insonderheit durch das Recht gewisser anderer Personen ausgeschlossen, nicht der oben §. 150 erwähnten, sondern solcher, die, wie sonst das Eigenthum, durch Separation erwerben. Dies sind die juristischen Besitzer der Sache, insofern sie ein Recht auf die Sache haben, und ein solches Recht giebt die Emphyteusis, Antichresis, aber auch schon die bona fides.

Dieser Fruchterwerb des b. f. possessor ist Gegenstand verschiedener Meinungen. S. die litterarischen Nachweisungen in Note d des Lehrbuchs.

In der Hauptsache stehen sich zwei Ansichten (abgesehen von noch andern Abweichungen innerhalb derselben) gegenüber: 1) der Besitzer erwirbt durch die Separation nicht das Eigenthum, sondern erst durch Consumtion. Hier entsteht nun aber die Frage, was erwirbt er denn durch Separation? Nach dem Urheber und consequenten Vertheidiger dieser Ansicht den Usucapionsbesitz. Einige seiner Schüler, welche nur diesen Theil der Behauptung aufgeben, können gar keine Antwort auf die Frage geben. 2) Er erwirbt durch Separation Eigenthum, aber ein revocables, d. h. es befreit ihn nicht von der Restitution, wenn der Eigenthümer der Sache diese vindicirt; denn da die Vindication auch auf die Früchte geht, und erst die Consumtion von der Restitutionspflicht befreit, so lucrirt er die Früchte. Dagegen hat aber der Sacheigenthümer keine besondere Klage wegen der Früchte, und dies ist die eigentliche Bedeutung und Wichtigkeit jenes Eigenthumerwerbs durch den b. f. possessor.

Die erste Ansicht hat Savigny[1]) innerlich dadurch begründen wollen, daß er das Recht des Fruchterwerbs auf den Usucapionsbesitz zurückführt. Der Usucapionsbesitzer erwerbe, wie der Eigenthümer, an den Früchten der Separation das Recht der Hauptsache, also den Usucapionsbesitz, wie bei einer andern Theilung der Sachen. Diese Ansicht ist aus zwei Gründen unmöglich. 1) Nicht der Usucapionsbesitz ist Grund des Fruchterwerbs, denn dieser kann sowohl ohne jenen bestehen, z. B. bei einer res vitiosa, als auch jener ohne diesen: bei mala fides superveniens. S. Note e. u. f. des Lehrbuchs. Nur bei fructus industriales

1) Recht des Besitzes §. 22 a.

die durch Arbeit und aus dem Vermögen des Besitzers hervorgebracht werden, soll nach Julian die mala fides superveniens nicht schaden, wenn die Arbeit schon vor der mala fides gethan ist.

2) Die Savigny'sche Ansicht widerspricht dem Erwerb durch Separation. Der Besitzer soll nicht durch Besitzergreifung, sondern durch Separation erwerben; der Besitzerwerb soll gleichgültig sein (z. B. ein Dieb separirt). Dies läßt sich vom Eigenthum sagen, aber nicht vom Usucapionsbesitz: nach jener Ansicht soll er Usucapionsbesitz erwerben, aber es ist nicht nothwendig, daß er Besitzer wird.

Gibt man dagegen den Usucapionsbesitz auf, so müßten wir sagen, daß der bonae fidei possessor gar nichts durch Separation erwirbt. Dies würde aber dem geschriebenen Recht ins Angesicht widersprechen, das ganz unbestreitbar einen Erwerb, sei es des Eigenthums oder eines ander Rechts, an die Separation knüpft. Indem man ferner Alles auf die Consumtion stellt, verwechselt man Eigenthum und Lucriren. Dann entsteht endlich noch ein Absurdum. Die Hauptstelle, mit welcher man beweisen will, ist L. 4. §. 19. de usurp.[2]). Der Jurist will sagen: die Wolle brauche nicht usucapirt zu werden, sondern sie werde gleich durch die Consumtion Eigenthum. Also eine Möglichkeit, daß man consumirt hätte, und nachher usucapirt!

Für die zweite Ansicht dagegen spricht eine gewisse Natürlichkeit dieser Rechtsanschauung. Ich habe heute die Usucapion eines Grundstücks vollendet, bin also als Eigenthümer anerkannt, demgemäß ist die bisherige Unsicherheit meines Eigenthums gehoben; nun habe ich die Erndte vom vorigen Herbst noch in der Scheuer, den Wein in den Kellern, an diesen von meinem Eigenthum gezogenen Früchten soll nun nach jener ersten Ansicht mein Eigenthum so lange ungewiß sein, bis ich auch sie besonders usucapirt habe, oder ich müßte sie denn gleich losschlagen oder consumiren; nach der zweiten Ansicht bin ich jetzt schon Eigenthümer durch Separation; dies hinderte nicht, daß der Eigenthümer der Sache auch jene Früchte mit vindicirte, aber es hindert ihn, sie besonders zu vindiciren.

2) L. 4. §. 19. D. de usurp. (41, 3): Lana ovium furtivarum, si quidem apud furem detonsa est, usucapi non potest, si vero apud bonae fidei emtorem, contra, quoniam in fructu est, nec usucapi debet, sed statim emtoris fit. Idem in agnis dicendum, si consumti sint, quod verum est.

Und so ist nun auch in der That die Sache im römischen Recht entschieden.

1) Den Erwerb der Früchte macht der bonae fidei possessor, d. h. der Besitzer mit iustus titulus und fortdauernder Abwesenheit der mala fides.

2) Er macht ihn durch Separation, d. h. so wie die Früchte Gegenstände einer besonderen Vindication werden würden. So erklärt sich die oben angeführte Stelle. Die Jungen einer Heerde werden Theile der Heerde, und gehören mit ihr dem Eigenthümer. Der bonae fidei possessor hat nur dasselbe Recht wie in Beziehung auf die Heerde überhaupt, weil noch keine vollständige Separation eingetreten ist. Diese erfolgt erst durch die Ausscheidung, durch Veräußerung oder Verzehrung, daher hier erst durch Consumtion der Erwerb vollendet ist.

3) Er erwirbt sofort das Eigenthum der Früchte; er braucht sie nicht erst zu usucapiren. Aber dies gilt auch nur von den Früchten, vgl. Note f, h des Lehrbuchs; übrigens sowohl von fructus industriales als von fructus mere naturales[3]).

4) Dieses Eigenthum ist kein Lucriren der Früchte, es schützt nicht gegen die Restitution, s. oben. Daher erklärt sich in L. 48. cit. das interim, was nicht interimistisch heißt, sondern schon jetzt, soviel als statim[4]). Lucrirt werden die Früchte 1) durch Wegfall der Eigenthumsklage auf die Sache, 2) durch Consumtion, s. unten. 3) Die fructus industriales, soweit der auf sie gemachte Aufwand (an Sachen oder Kräften) reicht.

Schutz des Eigenthums.

§. 167.

S. Lehrbuch.

Nicht jede Vertheidigung durch Berufung auf sein Eigenthum ist eine exceptio dominii, z. B. nicht der Einwand der Usucapion gegen die Eigenthumsklage, der Einwand des Miteigenthums; dagegen aber wohl gegen die Publiciana.

---

3) L. 48. pr. D. de adqu. dom. (41, 1): Bonae fidei emtor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re suos interim facit, non tantum eos qui diligentia et opera eius pervenerunt, sed omnes, quia quod ad fructus attinet, loco domini paene est —.

4) Vgl. Puchta über den Besitzerwerb eines Kindes, Rheinisches Museum V. 3.

Eigenthumsklagen.

Rei vindicatio.

§. 168.

Der Kläger, welcher die rei vindicatio anstellt, behauptet Eigenthümer zu sein. Diese Behauptung muß er auch beweisen, und zwar durch den Beweis der Erwerbung, bei einer derivativen gehört dazu der Beweis des dominium auctoris. Dadurch kann der Beweis des Eigenthums sehr schwierig werden, weshalb eine Cautel, eine persönliche Klage, womit man denselben Zweck erreicht, vorzuziehen ist. Ferner gewähren die possessorischen Interdicte auch diesen Vortheil. Endlich ist die Publiciana darum auch für den Eigenthümer von Wichtigkeit. — Auf der andern Seite aber sind jene Erfordernisse auch nicht so „diabolisch", wie man oft gemeint hat; man hat dabei an lauter derivative Titel gedacht, dann wäre allerdings der Beweis beinahe unmöglich. Allein man hat übersehen, daß gerade die Ersitzung diese Schwierigkeit löst, indem sie die Bestimmung hat, diesen Mangel zu ersetzen.

Wegen einer vorübergehend vor einiger Zeit wieder aufgetauchten s. g. milderen (eigentlich unvernünftigen) Meinung s. Note c. Es steht ihr unter anderm auch entgegen, daß dann kein Unterschied mehr zwischen rei vindicatio und actio Publiciana wäre. In der That haben sich einige verleiten lassen, das bestens zu acceptiren, und wirklich zu behaupten, im justinianischen Recht seien rei vindicatio und Publiciana identisch. Diese Meinung hat wenigstens den Vortheil der Sicherheit, da sie unter aller Kritik ist.

Den Beweis seines Eigenthums hat der Kläger zu führen, nicht bloß wenn ihm dasselbe gänzlich, sondern wenn es auch theilweise bestritten ist, z. B. wenn der Beklagte Miteigenthum behauptet.

Es entsteht die Frage, ob der Kläger schon zur Zeit der Litiscontestation Eigenthümer sein, also darauf seinen Beweis richten müsse, oder nur vor der Sentenz. Diese Frage ist nicht materiell wichtig, weil, wenn der Kläger mit jenem Grunde abgewiesen wird, er aus dem nachher erworbenen Eigenthum von neuem klagen kann. Die Frage ist also nur eine processualische. Das römische Recht wendet auch hier den Grundsatz an: nur das ist

in iudicium deducirt, was zur Zeit der Litiscontestation existirte, es ist also eine neue Interpellation nöthig. Und dies ist auch den Grundsätzen einer zweckmäßigen Ordnung des Verfahrens entsprechend. Das canonische Recht dagegen verpflichtet den Richter auf das nach der Litiscontestation entstandene Eigenthum Rücksicht zu nehmen, ausgenommen bei Angabe einer bestimmten Erwerbsart in der Klage. Diese Ausnahme wird freilich gewöhnlich eintreten.

Die rei vindicatio setzt totale Verletzung des Eigenthums voraus. Dies ist die Besitzentziehung und aus diesem Grundsatz ergiebt sich folgendes:

1) Niemals kann der Besitzer Kläger sein. Daher kann die Klage nicht angestellt werden gegen den, welcher im Namen des Klägers besitzt, wenn dieser nicht vorher seinen Besitz durch den animus non possidendi aufgiebt, z. B. gegen den angeblichen Usufructuar, wenn er im Namen eines Andern besitzt; außerdem steht aber auch die negatoria zu Gebote.

In einem Fall hat man eine Ausnahme annehmen wollen[1]). Ueber diesen unus casus ist viel geschrieben worden; manche haben emendiren wollen, non uno casu, weil man mehrere Fälle entdeckt zu haben glaubte, welche aber nicht hierher passen, da von einer vindicatio rerum corporalium die Rede ist. Daher ist die sonst gewöhnliche Meinung, die Stelle beziehe sich auf die actio confessoria und negatoria, durchaus zu verwerfen. Nicht besser begründet ist die Meinung des Doujat († 1688), welche bei den Neueren vielen Beifall gefunden hat: wenn der Kläger auf die Sache geklagt habe, so könne er die Klage noch einmal anstellen, wegen vergessenen Nebenpräſtationen. Dies ist aber ganz unrichtig, die dafür angeführten Stellen handeln nicht von der rei vindicatio, sondern von persönlichen Klagen.

Es ist merkwürdig, daß man so lange nicht auf den Punkt kam, der im Grunde ganz nahe vor den Füßen lag. Die Institutionenverfasser haben eine der Stellen im Sinn, worin die anderwärts verworfene Ansicht, daß eine iusta und iniusta possessio neben einander bestehen könnten, angewendet wird. Es wird

---

1) §. 2. I. de action. (4, 6): — — sane uno casu qui possidet, nihilominus actoris partes obtinet, sicut in latioribus Digestorum libris opportunius apparebit. — Vergl. Literatur in Note i des Lehrbuchs.

nämlich in einer Stelle[2]) gesagt, daß in solchem Falle keiner mit dem Interdict gewinne; also man auf die rei vindicatio verwiesen sei, welche der Besitzer gegen den Besitzer anstellt. So stellt sich die Institutionenstelle als ein Irrthum dar (nämlich vom Standpunkt des justinianischen Rechts), aber dies steht der Richtigkeit dieser Erklärung nicht entgegen, da der Irrthum, worauf alles ankommt, sich wirklich in latioribus Digestorum libris vorfindet.

2) Der Beklagte ist der Besitzer. Die causa, auf die er besitzt, hat keinen Einfluß auf die Uebernahme der Klage, denn schon das Factum des Besitzes ist Verletzung des Eigenthums. Sie kann nur etwa Grund einer Exceptio sein, z. B. der doli exceptio, wenn der Beklagte vermöge eines mit dem Eigenthümer geschlossenen Pfandvertrages das Recht zu besitzen behauptet.

3) Es ist daher an sich gleichgültig, ob der Beklagte juristischer oder natürlicher Besitzer ist; er braucht sich nicht selbst das Eigenthum zuzuschreiben, um das des Klägers zu verletzen. Zwischen einem natürlichen und juristischen Besitzer hat der Kläger die Wahl; nur darf der Detentor nicht im Namen des Klägers besitzen, s. oben. Constantin hat vorgeschrieben, daß der Detentor, wenn er belangt wird, den zu nennen habe, auf dessen Namen er besitzt, damit dieser die Klage übernehme, und so möglicherweise zwei Eigenthumsprocesse vermieden werden. Man nennt dies laudatio auctoris. Dadurch ist aber jener Grundsatz nicht aufgehoben und die Möglichkeit, den Detentor zu belangen, nicht ausgeschlossen a) Nennt der Beklagte seinen auctor, so wird die Klage nicht etwa dadurch zurückgewiesen, sondern sie bleibt, nur tritt an die Stelle des Beklagten der juristische Besitzer. Weigert er sich, so wird dem Kläger der Besitz übertragen, und der contumax muß das Recht, wenn er will, klagweise verfolgen. — b) Macht der Beklagte von der laudatio auctoris keinen Gebrauch, so geht der Proceß gegen ihn fort und er kann auf Restitution condemnirt werden. Nur ist dem auctor unbenommen, sodann seinerseits zu vindiciren, so wie von seinem Repräsentanten wegen dieses Versäumnisses Entschädigung zu fordern. Ganz unrichtig ist die nicht

2) L. 3. D. uti poss. (43,17): Si duo possideant in solidum, videamus, quid sit dicendum; quod aliter procedat, tractemus. Si quis proponeret possessionem iustam et iniustam; ego possideo ex iusta causa, tu vi aut clam; si a me possides, superior sum interdicto, si vero non a me, neuter nostrum vincetur, nam et tu possides et ego. Vgl. L. 15. §. 4. D. de precario (43, 26).

seltene Ansicht, welche den nicht nominirenden Detentor unter den Gesichtspunkt eines der liti se obtulit, bringt. Er haftet nicht als fingirter, sondern als wirklicher Besitzer.

4) Der Beklagte muß zur Zeit der Litiscontestation besitzen, um zur Uebernahme der Klage verpflichtet zu sein, doch wird dieser Mangel ersetzt, wenn er nur nachher noch vor der Sentenz Besitzer wird.

5) Wenn der Beklagte den Besitz fälschlich abläugnet, so braucht der Kläger nur diesen zu beweisen, um die Restitution zu erlangen. Nach neuerem Recht bleibt es jenem vorbehalten, dann seinerseits als Kläger aufzutreten. Im römischen Recht kommt ein Interdict vor, mit dem der Kläger in jenem Fall klagt: interdictum quem fundum (es ist duplex: tam adipiscendae quam recuperandae possessionis). Heutzutage wird ohne Interdict durch Verfügung des Richters dem Kläger der Besitz überwiesen.

6) Wenn der Beklagte umgekehrt litem contestirt, ohne wirklich zu besitzen, liti se obtulit, so hat er sich dadurch der Beurtheilung, wie, wenn er Besitzer wäre, unterworfen. Er wird fictus possessor. Ausgenommen ist der Fall eines entschuldbaren Irrthums, hier wird er restituirt; ebenso wenn der Kläger selbst das Gegentheil wußte, also nicht getäuscht war.

7) Besitzt der Beklagte zur Zeit der Litiscontestation nicht mehr, so findet die Klage gegen ihn nicht statt. Auch nicht, wenn er noch einen Vortheil von seinem ehemaligen Besitz hat, z. B. den Kaufpreis (nicht wie bei der hereditatis petitio). Wenn indessen die Sache nicht mehr existirt, oder von dem neuen Besitzer usucapirt ist, so hat der ehemalige Eigenthümer gegen jenen vormaligen Besitzer eine persönliche Klage in quantum locupletior factus est.

Anders aber stellt sich der Fall, wenn der Beklagte sich des Besitzes dolose entäußert hat. Hier haftet er, wie wenn er noch besäße: dolus pro possessione est. Dies ist der zweite Fall eines fictus possessor. Ein solcher der dolo desiit possidere ist jeder malae fidei possessor, welcher sich mit Willen des Besitzes entäußert. (Zuerst war dies bloß bei der hereditatis petitio eingeführt, ist aber später auch auf die rei vindicatio übertragen worden.) Zwischen diesem fictus und dem verus possessor hat der Kläger die Wahl. Hat er aber gegen den fictus possessor geklagt, und den Werth der Sache erhalten, so ist darum der

verus possessor nicht frei, sondern auch gegen diesen noch ist die Klage möglich, da er durch jenen Umstand nicht sein Eigenthum an den fictus possessor verloren hatte.

Die utilis rei vindicatio gegen den fictus possessor fordert natürlich dieselbe Begründung, wie die directa; es ist also Beweis des Eigenthums nöthig, und hat der dritte Empfänger usucapirt, so fällt sie wegen Zerstörung des Eigenthums weg, und der Kläger hat statt ihrer dann die actio in factum ob alienationem iudicii mutandi causa.

Gegenstand der Klage.

§. 169.

Die rei vindicatio kann nicht auf beliebige Massen und Collectiva angestellt werden, auch nicht auf universitates rerum; ferner nicht auf Quantitäten, da sie nicht Gegenstand des Eigenthums sind. Bei Gelde also z. B. nicht auf die Summe, sondern auf die Stücke.

Mühlenbruch[1]) hat geglaubt, es gäbe hier eine Ausnahme: bei vermischtem Getreide (oder Metall) könne jeder seinen Antheil vindiciren, also eine gewisse Quantität (die auch noch unbestimmt sein könne). Dies ist ein Irrthum. Was vindicirt wird, ist auch hier die Sache, z. B. die Körner, und nur für die Restitution tritt die Unthunlichkeit der Trennung in Wirksamkeit. (Sonst müßte man sagen: überall, wo jemand haftet, der die Sache selbst nicht restituiren kann, werde die Geldsumme vindicirt.)

Bei einer in ein Haus oder einen Weinberg verbrauchten Sache muß der Eigenthümer, falls er nicht den doppelten Werth annehmen will, die künftige Trennung abwarten. Eine solche Trennung ist aber noch nicht eingetreten, wenn das Material vorübergehend herausgenommen ist, um es sofort wieder zu brauchen, so daß die Wegnahme das Haus oder den Weinberg gefährden würde.

Zweck der Klage.

§. 170.

Zweck der Klage ist die Restitution der Sache cum omni causa, der Kläger soll ganz so in die Lage kommen, wie wenn sein Recht nicht verletzt worden wäre.

---

1) Lehrbuch §. 270.

1) Die Restitution der Sache geschieht dadurch, daß der Kläger zum Besitzer gemacht wird. Ist die Sache nach der Litiscontestation usucapirt, so liegt darin zugleich Uebertragung des Eigenthums. Eine Caution wegen etwaniger Veräußerung oder Verpfändung ist nicht mehr nöthig, da nach neuestem Recht die Veräußerung einer res litigiosa nichtig ist. Was den Ort der Restitution betrifft, so hat der Kläger die Wahl zwischen dem Ort, wo die Sache ist, und dem Ort des Gerichts. Ist der Beklagte malae fidei possessor, so geschieht der Transport auf seine Kosten und Gefahr, wenn er die Sache nicht an dem Ort gelassen hat, wo er sie in Besitz nahm, in allen andern Fällen aber auf Kosten und Gefahr des Klägers.

Erfolgt nun die Restitution nicht,

a) wegen contumacia, so geschieht die Condemnation auf das, was der Kläger als sein Interesse durch ein iusiurandum in litem beschwört. Da dies an sich in infinitum gehen würde, so soll der Richter eine taxatio, d. h. ein Maximum hinzusetzen, welches der Kläger nicht überschreiten, der Richter aber auch nicht zu eng setzen darf, so daß alles nur denkbare Interesse darin begriffen sein kann. (Angemessen würde es sein, das alterum tantum des einfachen Sachwerthes als höchstes Maaß zu setzen.)

b) Dasselbe gilt auch, wenn die Restitution durch dolus oder culpa lata unmöglich geworden, so z. B. wenn gegen den dolo desinens possidere geklagt worden ist.

c) Ist die facultas restituendi während des Processes durch geringere Culpa verloren worden, so erfolgt auch Condemnation in das Interesse, aber nur in das, was vom Kläger auf dem ordentlichen Wege erwiesen wird.

d) Ist die Restitution durch Zufall unmöglich geworden, so wird der Beklagte absolvirt (wenn nur für jetzt, gegen Caution). Ausgenommen ist der Fall, wenn die Sache bei dem Kläger, im Fall rechtzeitiger Restitution, nicht untergegangen wäre, z. B. dieser hatte die Sache als venalis, oder den Beklagten hat eine Feuersbrunst betroffen. Bei dem bonae fidei possessor kommen alle diese Gründe der Verpflichtung erst zur Sprache nach der Litiscontestation, vorher wird es so angesehen, als habe er seine eigene Sache vernachlässigt (quasi suam rem neglexit), bei dem malae fidei possessor von der Zeit seines Besitzes.

Die Bezahlung der Aestimation steht einem Kauf gleich.

Der Beklagte wird Eigenthümer, so bald er in den Besitz kommt, wie durch Tradition. Der Kläger muß versprechen, daß er dies nicht hindern wolle. Nur nicht der dolo desinens possidere hat das Recht; auch er wird im Besitz gegen die Klage geschützt, aber er wird nicht Eigenthümer.

2) Restitution der causa rei. Dahin gehört der Ersatz der Verringerung der Sache, wovon dieselben Grundsätze gelten, wie von der gänzlichen Unmöglichkeit der Restitution; insbesondere aber die Früchte. Von den Früchten vor der Litiscontestation braucht der bonae fidei possessor nur die exstantes zu restituiren, und diese können nur mit der Vindication auf die Hauptsache, nicht mit einer besondern Klage gefordert werden, s. oben. Dagegen muß der malae fidei possessor alle seit seinem Besitz gezogenen Früchte herausgeben, auch die fructus a petitore percipiendi. Diese Bestimmung „a petitore" kann zum Vortheil des Klägers gereichen, aber auch zum Nachtheil, z. B. wenn er die nuda proprietas hat. Die consumirten Früchte können auch unabhängig von der Vindication durch eine besondere Condictio gefordert werden, die exstantes durch eine besondere Vindication, da der malae fidei possessor nicht das Eigenthum erwirbt. In Beziehung auf die Früchte nach der Litiscontestation steht der bonae fidei possessor dem malae fidei possessor gleich, nur werden unter fructus percipiendi zu seinem Vortheil solche verstanden, die er beziehen konnte. — Zu den Früchten gehören auch die fructus civiles. Nicht aber Zinsen von vindicirtem Geld, wenn der Besitzer es nicht gebraucht hat; denn diese waren zu percipiren nur durch Ausgabe des Geldes, der Vindicant kann aber nicht sagen, es sei sein Interesse gewesen, daß der Besitzer veräußere.

Das Petitum ist hier folgendes: daß Klägern das Eigenthum an ꝛc. zuständig, Beklagter daher die Sache mit allen Früchten und Nutzungen herauszugeben, auch alle verursachten Kosten und Schäden zu erstatten schuldig.

§. 171.

Die Exceptionen gegen die rei vindicatio s. im Lehrbuch. Ueber die exceptio doli wegen Verwendungen auf die zu restituirende Sache ist noch folgendes zu bemerken. Der Ersatz solcher Verwendungen, die der Besitzer aus seinem Vermögen gemacht hat, hängt theils von der bona oder mala fides, theils von der

Natur der Verwendungen ab. In letzterer Hinsicht werden drei Classen unterschieden: 1) impensae necessariae, solche Verwendungen, welche zur Erhaltung der Sache oder ihrer Integrität nothwendig sind: quae si facta non essent, res aut periclitata aut deterior futura sit, z. B. Nahrung eines Thieres, Reparatur eines Hauses, Errichtung von Scheunen zur Fruchtunterbringung; 2) impensae utiles, solche die den Ertrag und Gebrauch der Sache erhöhen, quae meliorem rem faciunt, z. B. Erweiterung von Gebäuden, Culturaufwand; 3) impensae voluptariae, quae speciem duntaxat ornant, non etiam fructus augent. Die Verschönerung eines Hauses z. B. kann zu den impensae utiles gehören, wenn dasselbe zur Vermiethung bestimmt ist, außerdem fällt sie bloß unter die impensae voluptariae. Dahin gehören überhaupt alle Verwendungen, welche nicht unter die beiden ersten Rubriken fallen.

Impensae necessariae werden jedem Besitzer ersetzt, und dieser hat die Retention, bis der Ersatz geschehen ist. Sind sie auf die Früchte gemacht, so sind sie ein Minus des Fruchtbezugs. Daher wird keine Rücksicht auf vergebliche Impensen genommen, also wenn die Früchte nicht gezogen wurden. Eine Ausnahme von jener Vorschrift macht nur der Dieb.

Impensae utiles werden dem bonae fidei possessor ersetzt; nur nicht, wenn sie so unmäßig sind, daß sie der Eigenthümer nicht aufbringen kann; in diesem Falle werden sie wie voluptariae behandelt. Der malae fidei possessor hat nur das ius tollendi, vorausgesetzt, daß die Verwendungen für ihn noch einen Werth haben, aber auch dieses Recht kann der Eigenthümer beseitigen, indem er sie ihm erstattet.

Impensae voluptariae werden nicht ersetzt, für sie findet nur das ius tollendi statt.

Zu den zu ersetzenden Verwendungen kann der Kaufpreis gehören, den der Besitzer für die Sache gegeben hat, wenn durch seinen Kauf die Sache erhalten worden ist. Außerdem findet keine Verbindlichkeit zum Ersatz statt, der Besitzer mag sich an seinen Verkäufer halten. Ausgenommen ist der Fall, wenn der Kaufpreis in das Vermögen des Klägers gekommen und dieser dadurch bereichert ist.

Negatoria in rem actio.

§. 172.

Die Negatoria ist die Eigenthumsklage bei partieller Verletzung, der Anmaßung einer Servitut oder einer andern Handlung, welche die volle Ausübung des Eigenthums, so z. B. die Ausschließlichkeit des Gebrauchs beeinträchtigt. So wie es bei der rei vindicatio nicht wesentlich ist, daß der Beklagte sich das Eigenthum zuschreibe, so bei der Negatoria nicht, daß er eine Servitut behaupte. Der gewöhnliche Fall wird es allerdings sein, und in diesem Zusammenhang kommt die Klage denn auch im geschriebenen Recht größtentheils vor, z. B. de servitute kann mit der Confessoria und Negatoria geklagt werden. Dies ist aber nicht exclusiv gemeint.

Maßt sich der Beklagte eine Personalservitut an, die mit Detention der Sache verbunden ist, so kann die Negatoria mit der R. V. concurriren; 1) wenn der Beklagte im Namen des Klägers zu besitzen behauptet, so ist bloß die Negatoria anwendbar, 2) wenn er im Namen eines Dritten zu besitzen behauptet, die Vindicatio, aber auch die Negatoria.

Der Zweck der Klage ist im Allgemeinen die Aufrechthaltung der Freiheit der Sache, vindicatio libertatis. Dies ist ein negativer Begriff, daher der negative Ausdruck der Intention, von dem die Klage den Ausdruck erhalten hat, ius ei non esse hoc facere. Den Zweck der Klage hat man mit dem Grund derselben verwechselt und behauptet, Freiheit des Eigenthums sei der Grund der Klage. Aber diese Freiheit ist kein Recht, sondern nur eine, und zwar negative Qualität des Eigenthums. Der Ausdruck ist nur eine Beschönigung der Behauptung, der Grund sei die Nichtberechtigung des Gegners, diese aber kann natürlich nie Grund einer Klage sein.

Mit diesem Irrthum hängt zusammen, daß man über den Beweis lange gestritten hat. Der Kläger muß auch hier den Grund seiner Klage beweisen, soweit er ihm verneint wird, beweist er nicht, so siegt der Beklagte, vermöge des commodum possessionis, wenn gleich er ebenfalls nichts bewiesen hat. Viele haben nun für den zu beweisenden Klagegrund die Freiheit des Eigenthums gehalten. Die Nothwendigkeit des Beweises beseitigte man durch die Vermuthung für die Freiheit, diese sollte aber

wieder wegfallen, wenn der Beklagte Besitzer des bestrittenen Rechts sei u. s. f.[1]). Zwei Stellen sind es, auf die man sich besonders berufen hat[2]). Die erste Stelle spricht von der Beweislast, nicht von dem Beweisthema. Besitzt der Beklagte die Servitut, so kann er den Gegner nöthigen, als Kläger aufzutreten, und hier zum Beweis seines Eigenthums. Die zweite Stelle handelt von zwei entgegenstehenden Confessorien. Vgl. §. 184 des Lehrbuchs.

Die richtige und jetzt auch herrschende Ansicht ist folgende.

Die Negatoria unterscheidet sich in ihrer Veranlassung, nicht in ihrem Grund von der rei vindicatio, sie ist eine Eigenthumsklage wie diese. Der Grund der Klage, den der Kläger beweisen muß, ist das Eigenthum. Darin besteht das onus probandi, welches den Unterschied macht zwischen dem Umstand, ob die Negatoria angestellt, oder von dem Gegner mit der Confessoria geklagt wird, hier kann er das Eigenthum nicht läugnen, also jenen nicht zu diesem Beweis zwingen (auf den Beweis der Servitut hat dieser Umstand keinen Einfluß). Behauptet der Beklagte ein Recht, namentlich eine Servitut, so ist dies, materiell betrachtet, eine Exception, die er beweisen muß.

Der Zweck der Klage ist vor allem Beseitigung der Störung, also Restitution des frühern Zustandes (z. B. auch der Sache bei Anmaßung einer Personalservitut). Ferner geht die Klage auf Schadenersatz und auf Unterlassung künftiger Störung, weshalb Verbalcaution gefordert werden kann. Nach der Praxis wird die Störung verboten bei Strafe durch den Richter, im Wiederholungsfalle muß Realcaution de non amplius turbando gegeben werden.

---

1) Vgl. Note d des Lehrbuchs.

2) L. 8. §. 3. D. si serv. (8, 5): Sed si quaeritur, quis possessoris, quis petitoris partes sustineat, sciendum est, possessoris partes sustinere, si quidem tigna immissa sint, eum qui servitutem sibi deberi ait, si vero non sunt immissa, eum, qui negat. — L. 15. D. de O. N. N. (39, 1): Si priusquam aedificatum esset, ageretur, ius vicino non esse aedes altius tollere, nec res ab eo defenderetur, partes iudicis non alias futuras fuisse ait, quam ut eum, cum quo ageretur, cavere iuberet, non prius se aedificaturum, quam ultro egisset, ius sibi esse altius tollere. Idemque e contrario, si cum quis agere vellet, ius sibi esse invito adversario altius tollere, eo non defendente similiter, inquit, officio iudicis continebitur, ut cavere adversarium iuberet, nec opus novum se nunciaturum nec aedificanti vim facturum. Eaque ratione hactenus is qui rem non defenderet, punietur, ut de iure suo probare necesse haberet; id enim esse petitoris partes sustinere.

Das Petitum ist folgendes: daß Beklagter sich aller Eingriffe in das Eigenthum des Klägers, namentlich des Gehens über dessen Grundstück bei rc. Strafe zu enthalten (auch deshalb genügende Caution zu bestellen), so wie alle Schäden und Kosten zu erstatten schuldig.

Publiciana in rem actio.

§. 173.

Die vollendete Usucapion verwandelt das bonitarische Eigenthum in quiritisches, den Usucapionsbesitz in Eigenthum. Es schien angemessen, auch schon vor Vollendung der Usucapion den Usucapienten zu schützen, gegenüber einem Nichteigenthümer, der nicht wenigstens ein gleiches Recht anführen konnte, ja unter Umständen kann der Schutz sogar gegenüber dem Eigenthümer gerecht sein. Der Prätor gab daher dem bonitarischen Eigenthümer, er gab dem Usucapienten eine Vindication: publiciana in rem actio. Sie enthielt in ihrer Formel die Fiction der vollendeten Usucapion; damit war ausgesprochen, daß sie ganz wie die Eigenthumsklage (abgesehen von der Begründung) behandelt werden sollte.

Die Verschiedenheit der Publiciana liegt nicht in der Bestimmung und dem Zweck, diese sind vielmehr dieselben wie bei der Eigenthumsklage, sondern in der Begründung, und damit in dem Beweis. Sie gründet sich auf die Möglichkeit der (ordentlichen) Usucapion und fordert:

1) Usucapionsfähigkeit der Sache. Wo nur die eigentliche Usucapion ausgeschlossen ist, nicht die longi temporis possessio, da findet auch die Publiciana analoge Anwendung [3]). — Dieses Erforderniß braucht der Kläger nicht zu beweisen, dem Beklagten liegt der Beweis des Mangels ob.

2) Iusta causa. Das prätorische Edict nennt die Tradition ex iusta causa. Aber auch ein originärer Titel ist geeignet. Ja wenn ein Titel das Eigenthum ohne Besitzerwerb verschafft, so ist zur Publiciana nicht einmal nöthig, daß der Kläger schon einmal Besitzer gewesen ist. Die Möglichkeit auf den Titel hin Usucapionsbesitzer zu werden reicht hin. Beim Kauf ist ferner nicht

---

3) L. 12. §. 2. 3. D. de publ. in rem actione (6, 2.).

einmal Zahlung des Kaufpreises nöthig, ungeachtet dies ein Erforderniß des Eigenthumserwerbs und folglich auch des Usucapionsbesitzes ist.

Hier findet sich in dem geschriebenen Recht ein scheinbarer Widerspruch zweier Stellen über den Fall eines Kaufs von einem Wahnsinnigen[4]). Man hat die Vereinigung für unmöglich erklärt, aber sie ist sehr einfach. Die Stelle, welche die Publiciana aberkennt, hat ihre Anstellung gegen den Tradenten im Sinn (replicatio rei venditae et traditae), wie aus den Nebenentscheidungen erhellt.

3) Bona fides. Hier ist es eine Streitfrage, ob die mala fides superveniens die Publiciana entziehe? Die Publiciana gründet sich auf den Erwerb der Sache in der Art, daß die Usucapion möglich ist. Ein Erforderniß dieses Erwerbs ist die bona fides, und somit auch der Publiciana, aber nur in jener Rücksicht. Die Publiciana setzt nicht eine fortdauernde Usucapion voraus, wie sie gegen den Besitzer angestellt wird, ist sie ja immer unterbrochen. Die Bestimmung des canonischen Rechts hat darauf keinen Einfluß. Wir können höchstens sagen, die Usucapion ist dadurch unterbrochen, aber dies schadet der Publiciana nicht.

Der Beweis des Klägers ist gerichtet auf die iusta causa und auf die Tradition, wo dieselbe zum Erwerb des Eigenthums erforderlich ist. Darum ist die Publiciana auch dem Eigenthümer vortheilhaft, weil er mit ihr unter Umständen auf bequemem Wege ebenso weit kommen kann, als mit der rei vindicatio. Zweckmäßig wird sein, bei der Anstellung wenigstens beide Klagen zu cumuliren, was zulässig ist.

Hier entsteht die Frage, unter welchen Umständen ist jenes der Fall, und wiefern ist dagegen noch die rei vindicatio denkbar.

Würde man überall mit der Publiciana ebenso gut zum Ziel kommen, als mit der rei vindicatio, und würde umgekehrt, wo die

4) L. 7. §. 2. D. de publiciana (6,2): Marcellus libro XVII. Digestorum scribit, eum qui a furioso ignorans eum furere emit, posse usucapere, ergo et publicianam habebit. — L. 2. §. 16. D. pro emt. (41, 4.): Si a furioso quem putem sanae mentis, emero, constitit usucapere utilitatis causa me posse, quamvis nullà esset emtio, et ideo neque de evictione actio nascitur mihi, nec publiciana competit, nec accessio possessionis.

Publiciana nutzlos wäre, auch die rei vindicatio dieses sein, so wäre die letztere allerdings absorbirt. In der That haben die Neuern häufig die Unterscheidung als praktisch in solchen Fällen angenommen, wo sie nicht stattfindet.

1) Die Publiciana vertritt ganz die Stelle der rei vindicatio, wenn der Gegner infirmiore iure possidet d. h. nicht auch Usucapionsbesitzer ist.

2) Die Publiciana ist aber weniger wirksam, als die R. V., wenn der Beklagte auch Usucapionsbesitzer ist. Die exceptio bonae fidei possessionis schützt gegen die Publiciana, nicht gegen die rei vindicatio (außer wenn sie mit der exceptio rei venditae et traditae sich verbindet); in pari causa melior est conditio possidentis. In diesem Fall vertritt also die Publiciana nicht die Stelle der rei vindicatio.

Ueber einen Fall, wo die Publiciana auch gegen die exceptio bonae fidei possessionis durchdringt, s. Note h des Lehrbuchs. Der Kläger hätte gegen den Auctor des Beklagten die replicatio rei venditae et traditae, diese steht auch dem Successor entgegen. — Den Widerspruch der zweiten Stelle, die auch bei diversi auctores die Priorität entscheiden lassen will, hat man auf verschiedene Weise lösen wollen. So z. B.: die zweite Stelle sei von dem Fall zu verstehen, wenn beide gegen einen Dritten auftreten, wovon in der Stelle gar nichts steht. Und überdies ist auch hier die Entscheidung eine ganz willkührliche und eben so wie dort zu mißbilligen. Die wahre Entscheidung ist: occupantis melior est conditio d. h. dessen, der zuerst ein condemnatorisches Urtheil extrahirt. Der Beklagte steht dann dem Andern gegenüber, wie einer, der während des Processes durch Zufall die facultas restituendi verloren hat. — Also ist in den Stellen eine Controverse der Juristen enthalten, eine Antinomie, bei der wir ohne allen Zweifel gegen die zweite Stelle entscheiden müssen.

3) Gewöhnlich sagt man, auch gegen den Eigenthümer sei die Publiciana weniger wirksam, als die rei vindicatio. Dies ist falsch. Nicht schon die Behauptung des Beklagten, Eigenthümer zu sein, exceptio dominii, schließt die Publiciana aus, sondern erst der Beweis. Der Kläger wird also abgewiesen, wenn der Beklagte die exceptio dominii vorschützt und beweist. Ganz dasselbe aber tritt ein, wenn mit der R. V. geklagt ist, der Beweis des Eigenthums von Seiten des Beklagten ist hier ein Gegen-

beweis, der den Beweis des Klägers zerstört, und seine Abweisung zur Folge hat. Umgekehrt wenn der Beklagte sein Eigenthum nicht beweist, gewinnt in beiden Fällen der Kläger. — Ja es giebt Fälle, wo die publiciana actio gegen den Eigenthümer wirksam ist, während die rei vindicatio unwirksam wäre. Wenn die exceptio dominii durch eine replicatio doli entkräftet werden kann, so kann der Verkauf der Sache, oder sonst ein obligatorischer Grund den Eigenthümer verpflichten, dem Kläger die Sache zu lassen, z. B. wenn die Sache vom Nichteigenthümer noxae gegeben ist. Diese Replicatio geht auch gegen den sein Recht von dem Eigenthümer Ableitenden. Hätte der Kläger in diesen Fällen die rei vindicatio angestellt, so würde ihm der Beweis des Eigenthums obliegen, diesen könnte er nicht führen und er wäre schon darum abzuweisen, ohne daß jene Repliken zur Wirksamkeit kämen. Repliken sind nur denkbar gegen Exceptionen, hier aber wäre die Vertheidigung des Beklagten eine reine Negation.

Die Publiciana ist nicht bloß als Vindication der Sache, sondern auch als Negatoria zulässig. Auch hier ist es Bedürfniß, dem Eigenthümer einen leichteren Beweis zu verschaffen, denn es kann vorkommen, daß der Beklagte aus bloßer Chikane läugnet. Dies Bedürfniß einer Erleichterung des Beweises ist seit dem Mittelalter empfunden worden. Gewöhnlich ist man aber zu weit gegangen, indem man eine zu große Erleichterung gewährte z. B. bloßen Besitz, oder bloße Bescheinigung forderte; dies ist theils materiell unrecht, da doch auch das Interesse des Beklagten, nicht von jedem Unberufenen beunruhigt zu werden, berücksichtigt werden muß, theils ganz willkührlich ohne innern Grund. Am nächsten ist die Praxis der Wahrheit gekommen, indem sie eine Bescheinigung des Usucapionsbesitzes für genügend erklärt hat. Hier ist nur noch der Fehler zu beseitigen, daß man eine bloße Bescheinigung fordert.

Das Richtige ist: bei der publiciana negatoria hat der Kläger nur jenen Beweis, wie bei der sonstigen Publiciana zu führen[5]). Dies führt zum Ziel, wenn nicht etwa der Beklagte beweist, daß der, von dem er sein Recht ableitet, auch Usucapionsbesitzer war.

---

5) Vgl. Puchta über die Negatorienklage, Rhein. Museum I. S. 165 ff.

In dem Petitum bei der Publiciana pflegt man die bonae fidei possessio als Quasidominium zu bezeichnen. Daher wird es bei der Vindication so gefaßt: daß dem Kläger das Eigenthum vel quasi zuständig rc.; bei der Negatoria: daß Beklagter der Eingriffe in das Eigenthum vel quasi des Klägers sich zu enthalten schuldig rc. In beiden Fällen ist eine Cumulation mit der Eigenthumsklage in dem Petitum enthalten.

Drittes Kapitel.

Das Recht der Superficies und Emphyteusis.

§. 174—177.

Es kommen zwei iura in re vor, welche durch den Umfang ihres Inhalts und namentlich auch darin, daß sie nicht auf ein gewisses Subject beschränkt, sondern veräußerlich und vererblich sind, eine große Aehnlichkeit mit dem Eigenthum haben. Diese Analogie erstreckt sich auch auf den Schutz, sie werden nämlich geschützt durch eine utilis in rem actio, die nicht in Beziehung auf die Begründung, aber in Beziehung auf Veranlassung und Zweck der Eigenthumsklage gleich behandelt wird. Die Aehnlichkeit hat schon bei den römischen Juristen die Frage entstehen lassen, ob sie nicht als Eigenthum zu behandeln seien, und diese Frage hat sich seit dem Mittelalter wiederholt. Früher war die Meinung herrschend, sie seien als dominium utile aufzufassen, ein Irrthum, welcher jetzt beseitigt ist.

Diese Rechte sind 1) die superficies, Recht an einem Gebäude, welches eine vollkommene Disposition über die Superficies gewährt, aber diese volle Herrschaft erstreckt sich nicht auf den Boden. Hier beseitigt sich der Zweifel über die Natur des Rechts schon durch die innere Unmöglichkeit, den Begriff des Eigenthums darauf anzuwenden. Der Superficiar könnte nur als Eigenthümer gelten, wenn ein Eigenthum an der Superficies ohne den Grund möglich wäre.

2) Die emphyteusis, Recht an einem für die Agricultur bestimmten Grundstück, welches den vollen Genuß enthält, und sogar mit der corporis possessio versehen ist, so daß die Existenz

eines fremden Eigenthums hauptsächlich nur in gewissen Abgaben an die Eigenthümer sichtbar wird. Diese Emphyteusis knüpft sich an ein früheres, ähnliches Verhältniß an, den Besitz des ager vectigalis. Agri vectigales hießen die Grundstücke im Eigenthum des Staats, welche gegen ein vectigal Einzelnen zum Besitz und Genuß überlassen wurden. In späterer Zeit besonders die den städtischen Communen oder Priestercollegien zugetheilten Grundstücke, welche bei diesen Eigenthümern ihre alte Bestimmung, gegen ein vectigal an Einzelne auf eine bestimmte Zeit oder auf immer überlassen zu werden, beibehielten. Die Grundsätze von diesen wurden nachher auf Emphyteusen angewendet, welche bei den kaiserlichen und kirchlichen Ländereien, zuletzt auch bei denen reicher Privatpersonen vorkommen. Hier war schon unter den römischen Juristen die Meinung vorgekommen, die Besitzer seien Eigenthümer, sie wurde aber verworfen. Unter den christlichen Kaisern tauchte sie wieder auf für die Emphyteusis. Zeno verfügte deshalb in einem eigenen Gesetz[1]), die Bestellung einer Emphyteusis solle weder als Eigenthumsübertragung angesehen werden, noch auch blos als Obligatio (oder wie er sich ausdrückt: weder als Verkauf, noch als gewöhnliche Verpachtung), sondern als ein Drittes, nämlich also als ius in re.

In beiden Rechtsverhältnissen ist ein Recht an der Sache mit einer Obligatio verbunden, so daß jeder, der jenes Recht erwirbt, zugleich in die Obligatio zu dem Eigenthümer tritt, und ebenso jeder Erwerber des Eigenthums in die Obligatio zu dem Superficiar oder Emphyteuta. Die Obligatio ist der civilrechtliche Inhalt des Rechtsverhältnisses, den dinglichen Inhalt hat das prätorische Recht hinzugefügt. Zuerst hat der Prätor einen über den obligatorischen hinausgehenden (also auch gegen Dritte wirksamen) Schutz gegeben durch die Interdicte: de superficie, de loco publico fruendo; dann durch eine utilis in rem actio: de superficie, vectigalis (emphyteuticaria).

Bei der Superficies wird das obligatorische Verhältniß durch das Geschäft, wodurch sie bestellt wird, bestimmt. Dies Geschäft kann sein 1) Miethe eines stehenden Gebäudes: hier wird ein Recht an der Sache nur angenommen, wenn die Miethe auf immer oder auf sehr lange Zeit abgeschlossen ist; 2) Miethe des

---

1) L. 1. C. de iure emphyt. (4, 66.)

Grund und Bodens zu dem Zweck, um selbst die Superficies darauf zu errichten (solarium); hier wird im Zweifel stets ein Recht an der Sache als beabsichtigt anzunehmen sein. Es läßt sich aber die Bestellung auch durch einen Kauf (der sich auf dies Recht beschränkt), durch Schenkung, Testament rc. denken. Jener Vertrag, der die Obligatio hervorbringt, ist auch zur Entstehung des dinglichen Rechts, welches Hand in Hand damit gehen soll, hinreichend. Wenn Manche Tradition gefordert haben, so ist dieses ohne irgend einen Grund und lediglich deswegen geschehen, weil man irrthümlich Tradition für eine allgemeine Entstehungsform für dingliche Rechte gehalten hat. Auch nicht durch Ersitzung kann die Superficies entstehen, dagegen läßt sich ein Uebergang derselben von einem auf den andern durch Ersitzung wohl denken.

Seiner Natur nach muß das Recht sich endigen mit dem Untergang des Gebäudes (die Vernichtung der Superficies im natürlichen Sinn zerstört die Superficies als Recht). Es wacht nicht etwa wieder auf mit dem Wiederaufbau, sondern für den Fall, wo dies verstattet ist, entsteht eine neue Superficies, z. B. wenn der Boden zu diesem Zweck auf eine gewisse Zeit vermiethet ist. Der ehemalige Superficiar hat auch auf das Material des zerstörten Gebäudes keinen Anspruch (auch wenn er selbst gebaut hat). Sein Recht hat nur die universitas zum Gegenstand.

Die Emphyteusis ist aus einem Pacht hervorgegangen. Sie unterscheidet sich von einem gewöhnlichen Pacht durch die nicht blos zeitliche Dauer (daher Erbpacht — Zeitpacht), und durch das dingliche Recht, mit dem die Obligatio verknüpft ist. Dies ist nicht verändert durch das Gesetz Zeno's s. oben. Durch diesen Ursprung bestimmt sich auch die Natur des emphyteutischen Verhältnisses, welches nicht mit ähnlichen Verhältnissen des einheimischen deutschen Rechts verwechselt werden darf, auf die man oft fälschlich die römischen Grundsätze angewendet hat.

Diese den römischen Rechtssätzen zu Grunde liegende Natur besteht darin, daß die Bestellung einer Emphyteusis von Seiten des Eigenthümers nicht als Vermögensverringerung zu betrachten ist, so wenig wie eine Verpachtung, und ebenso die Erwerbung (ohne Preis) nicht als eine Bereicherung. Sie ist nur eine Gelegenheit zur Arbeit. Es wird also vorausgesetzt, daß die Prästationen des Emphyteuta so bestimmt sind, daß dies Resultat sich

ergiebt. Der Canon hat die Natur eines Pachtzinses. Daher wird die Emphyteusis Gegenstand einer onerosen Veräußerung durch den Emphyteuta nur, wenn derselbe Meliorationen gemacht hat, diese sind es, die er verkauft. Daraus erklärt sich, daß so wenig als beim Pächter eine Dereliction möglich ist. Das Verhältniß ist dauernder als eine Zeitpacht, darum schien es billig, dem Eigenthümer noch gewisse andere Rechte einzuräumen. Solche sind das Recht des Vorkaufs, und das Recht, eine Quote des Kaufpreises als Handlohn, Laudemium, zu fordern (bei einer sonstigen Singularsuccession kann der Eigenthümer nur etwas fordern, wenn ein Kaufpreis hätte erlangt werden können.) S. das Nähere in §. 176. 177. des Lehrbuchs.

Man muß, wenn man diese Natur des Instituts erwägt, dasselbe für ein antiquirtes halten. Ein solches Verhältniß wird nur als gewöhnliche Pacht vorkommen, die dinglichen Rechte aber, welche daran erinnern, werden nicht jenen Charakter an sich tragen, sie werden stets von der Beschaffenheit sein, daß der Berechtigte schon durch den Besitz des Guts bereichert ist, mithin werden die vornehmsten Bestimmungen des römischen Rechts keine Anwendung auf sie finden dürfen, da sie eine ganz andere öconomische Beschaffenheit des Verhältnisses zur Voraussetzung haben.

Viertes Kapitel.

Die Servituten.

Grundprincipien.

§. 178.

Die Sache ist frei, wenn sie nur dem Eigenthümer unterworfen ist, dienstbar, wenn einem Andern ein Recht darüber zusteht. Res servit ist im Grunde der Ausdruck für jedes ius in re. Aber es ist Einem besonderes vorbehalten aus dem Grunde, weil dieses ursprünglich das einzige, das einzige des ius civile war. Es bezieht sich, wie die beiden vorigen, auf die Benutzung, aber das ius civile hat nicht eine so vollständige und dauernde Trennung der Benutzung vom Eigenthum zugelassen, als dies bei der Superficies und Emphyteusis der Fall war.

Drei Grundsätze folgen schon aus der Natur der iura in re

1) Es ist keine Servitut an der eigenen Sache möglich. An einer res communis wäre sie nur möglich mit Beschränkung auf den Antheil des Andern. Dieser Auskunft aber kann möglicherweise die Beschaffenheit der Servitut entgegenstehen, welche sich vielleicht nicht an einer pars quota denken läßt. Es ist dies bei dem usus und den Realservituten der Fall wegen der Untheilbarkeit dieser Servituten. (Eine Modification tritt nur ein, wenn die Servitut bestand, ehe die Sache gemeinsam wurde, siehe unten §. 190). Eine Stelle[1]) scheint die Möglichkeit der Erwerbung einer solchen Servitut vorauszusetzen. Man hat Emendationen versucht (z. B. pariete caeco oder in lumine) die nicht gerechtfertigt sind. Eine doppelte Auslegung ist denkbar. Entweder heißt ius luminis immittendi nicht die Servitut, sondern nur eine durch Uebereinkunft der Miteigenthümer gegebene Gestalt, oder paries communis heißt nicht ein Miteigenthum, sonderm Zwischenwand, die auch pro diviso beiden Nachbarn zustehen kann, wo natürlich eine Servitut möglich ist.

2) Es giebt keine servitus servitutis. Es wäre dies keine wahre und eigentliche Servitut, weil sie nicht die Eigenschaft eines ius in re hätte, aber auch keine analoge Anwendung des Begriffs wäre möglich wegen des natürlichen Grundes der Unveräußerlichkeit.

3) Servitus in faciendo consistere non potest. Daß der Eigenthümer der dienenden Sache etwas thue, kann nicht Inhalt der Servitut sein, daher auch nicht Gegenstand der vindicatio servitutis. Daß der Eigenthümer durch eine Obligation zu einem Thun verpflichtet wird, ist damit nicht ausgeschlossen, auch läßt sich denken, daß eine solche Obligatio ein unbestimmtes Subject, nämlich den jedesmaligen Besitzer einer Sache hat, wie bei den Reallasten. Aber es ist dies keine Servitut. Man hat häufig behauptet, im deutschen Rechte habe man servitutes in faciendo, als sei jener Grundsatz nur eine Singularität des römischen Rechts. Dies wäre in der That keine Empfehlung für das deutsche Recht, jene Behauptung ist aber nicht einmal wahr, sondern nur durch die Armuth der Germanisten an Begriffen entstanden. Statt für

---

1) L. 40. D. de S. P. U. (8, 2): Eos qui ius luminis immittendi non habuerunt, aperto pariete communi nullo iure fenestras immisisse, respondi.

die Reallasten eigenthümliche Principien zu suchen und nach diesen die Lehre auszubilden, haben es Viele bequemer gefunden durch einen Sprung über die ersten Principien hinweg, die vorhandenen und schon ausgebildeten Grundsätze von den Servituten anzuwenden. Wir betreten hier aber freilich einen gefährlichen Boden; denn wenn wir genauer zusehen, führt uns der Begriff der Reallasten auf die Dienstbarkeit der Menschen, auf die Leibeigenschaft zurück, und die Reallasten werden sich daher, wenn man sich ihres Begriffs bemächtigt, als anomale Ueberbleibsel vergangener Zustände darstellen, wie so Vieles im einheimisch deutschen Rechte, für das jetzt eine antiquarische Begeisterung Mode ist. Jener Grundsatz ist eine nothwendige Consequenz a. der Eigenschaft der Servitut als Recht an der Sache, Verpflichtung des Eigenthümers ist keine Unterwerfung der Sache; b. der Eigenschaft der Servitut als ius in re, die Servituten sind Beschränkungen des Eigenthums, des Eigenthümers als solchen, denn sie sind abgesonderte Bestandtheile des Eigenthums. Daher giebt es nur zwei Klassen von Servituten in dieser Hinsicht, servitutes in patiendo, Berechtigung zum Thun, affirmative Servituten und servitutes in non faciendo, Berechtigung zum Verbieten, negative Servituten (siehe auch oben die Lehre von den Servituten überhaupt).

Nur die Gewährung der Sache selbst ist das Thun, welches die Servitut als Inhalt in sich aufnehmen kann, z. B. bei persönlichen Servituten Ueberlieferung der Sache zur Detention. Wenn daher z. B. der Eigenthümer sich verpflichtet hätte, das Object der Servitut auszubessern, oder im Stande zu erhalten, so wäre dies eine Obligatio, nicht Gegenstand der actio confessoria.

Bei der servitus oneris ferendi hat die Mehrzahl der römischen Juristen den Eigenthümer zur Ausbesserung der Mauer oder Säule verpflichtet und darauf die confessoria gegeben, s. §. 134. Der Grundsatz ist aber dennoch nicht übertreten, sondern festgehalten: 1) Die Ausbesserung ist als Gewährung der dienenden Sache anzusehen, der Eigenthümer stellt die Mauer, oder wenn sie nicht mehr taugt, eine neue, 2) dieser kann sich durch Dereliction befreien, 3) er braucht die Gebäude nicht zu stützen.

Drei Grundsätze ergeben sich ferner aus dem eigenthümlichen Charakter der Servituten. Dieser besteht darin, daß sie sich auf die Benutzung der Sache beziehen, und diese Benutzung für ein

bestimmtes Subject constituiren, dessen Bedürfniß allein dadurch befriedigt werden soll (darin liegt der Unterschied der Servituten von Emphyteuse und Superficies). Das Subject ist entweder eine Person oder ein Grundstück. Jene Servituten heißen servitutes personarum, diese servitutes rerum seu praediorum, und nach Beschaffenheit des Grundstücks servitutes praediorum urbanorum oder rusticorum, siehe unten.

Das römische Recht hat einen bestimmten technischen Ausdruck für diese auf ein bestimmtes Subject beschränkte Benutzung: usus. Dieses Wort bezeichnet daher allgemein den Inhalt der Servitut. Der usus kann mehr oder weniger vollständig sein dem Umfange nach (der ganze usus oder einzelne Arten desselben), aber stets liegt darin jene Schranke seines Inhalts: Bedürfniß eines bestimmten Subjects. Also ist Servitut das ius in re für ein individuell bestimmtes Subject (für ein persönliches oder Sachindividuum). Aus diesem Begriff ergeben sich folgende Consequenzen:

1) Unübertragbarkeit des Rechts der Servitut. Der Wechsel des Subjects würde es zu einem ganz andern Recht mit anderem Inhalt machen, der usus wird mit dem Subject ein anderer, z. B. es ist ein großer Unterschied, ob Titius oder Sempronius meine Sache für seine Bedürfnisse gebraucht oder ob ich die Wegservitut oder Weideservitut dem einen oder dem andern Grundstück einräume. Dieser Grundsatz gilt sowohl von persönlichen als von Realservituten. (Der Wechsel des Eigenthümers ist nicht Wechsel des Subjects, da das Subject der Eigenthümer dieses Grundstücks, nicht dieser Eigenthümer ist.)

2) Unübertragbarkeit auch der bloßen Ausübung. Denn die Unübertragbarkeit des Rechts gründet sich auf seinen Inhalt, der dadurch verändert werden wird, und dies entscheidet auch gegen die Ausübung durch einen Andern. Hier ist eine Modification eingetreten. Mit einigen Personalservituten ist ein über den usus hinausgehender Inhalt verknüpft, der Fruchtgenuß, der nichts individuelles ist. Aus dieser Abweichung von der Servitutennatur folgt dann auch die Uebertragbarkeit der Ausübung des fructus. Nur in Beziehung auf das Recht selbst ist man doch streng bei der Natur der Servituten stehen geblieben. Auch der Usus fructus kann nicht übertragen werden, ausgenommen dem Eigen-

thümer, wodurch er aber untergeht. Zwei Stellen [1]) sind hier zu betrachten, welche einige Schwierigkeit verursacht haben. Die erste Stelle sagt offenbar: Cession an einen Andern ist keine Endigung des Usus fructus, es ist ein nichtiges Geschäft. Man hat behauptet, es sei eine Controverse darüber unter den römischen Juristen gewesen; die zweite enthalte das Gegentheil. Näher zugesehen, ist dies doch nicht der Fall: die Worte: „sed ad dominum" sind zu verbinden mit difficultas erit — mulieri (quoniam — transire ist als Parenthese aufzufassen). Also ist der Sinn: Wegen der Unübertragbarkeit des Usus fructus an einen Extraneus entsteht die Schwierigkeit, daß hier die Dos nicht der Frau restituirt werden kann, sondern nichts übrig zu bleiben scheint, als daß, wenn der Mann den Usus fructus nicht behalten soll, er an den Proprietar zurückkehrt.

3) Untheilbarkeit der Servituten, weil der usus untheilbar ist. Es findet daher keine Mitberechtigung statt, sondern nur eine solidarische, keine theilweise Erwerbung, keine theilweise Aufhebung, siehe unten. Eine Ausnahme tritt ein bei jenen abweichenden Personalservituten durch die Theilbarkeit des Fructus.

Personalservituten.

Uebersicht.

§. 179.

Vier Personalservituten kommen im römischen Recht vor: usus, ususfructus, habitatio, operae. Die gewöhnliche Lehre geht 1) von einer unrichtigen Vorstellung über das Verhältniß derselben aus. Zwar erkennt man die beiden letzteren ziemlich allgemein als bloße Anomalien an. Aber in Beziehung auf usus und ususfructus bezeichnet man gewöhnlich den ususfructus als

---

1) §. 3. I. de usufr. (2, 4): — item finitur ususfructus, si domino proprietatis ab usufructuario cedatur, nam cedendo extraneo nihil agitur — L. 66 D. de iure dot. (23, 3): Si ususfructus fundi, cuius proprietatem mulier non habebat, dotis nomine mihi a domino proprietatis detur, difficultas erit post divortium circa reddendum ius mulieri, quoniam diximus usumfructum a fructuario cedi non posse nisi domino proprietatis, et si extraneo cedatur, i. e. qui proprietatem non habeat, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum. Quidam ergo remedii loco recte putaverunt introducendum, ut vel locet hunc usumfructum mulieri maritus vel vendat nummo uno; ut ipsum quidem ius remaneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat.

das normale Recht, den usus als Abweichung. Das Verhältniß ist aber gerade umgekehrt.

Personalservitut ist Benutzung einer Sache für ein persönliches Individuum d. h. usus; die servitus usus ist die reine Personalservitut, und an sich die einzige, nur muß man einen beschränkteren und einen unbeschränkteren usus unterscheiden. Das Charakteristische der servitus usus ist die Beschränkung auf die Bedürfnisse der Person, und die unmittelbare Benutzung, ohne das Recht, den Vortheil in ein Aequivalent umzusetzen (das letztere wäre fructus). Eben dies ist zugleich überhaupt der Charakter der Servitut und innerhalb des reinen Servitutenbegriffs ist keine andere Personalservitut denkbar.

Das Hinzukommen des ususfructus als zweiter Servitut ist daher eine Ausdehnung, eine Ueberschreitung jener Gränze. Man ließ es zu, mit der Personalservitut noch einen Inhalt zu verbinden, der in Wahrheit sich von der Natur der Servitut entfernt. Dies ist der Gewinn von der Sache (nämlich der, für den die Sache bestimmt ist), also der Fruchtgenuß. Für diesen ist also die Beschränkung auf das persönliche Bedürfniß weggefallen, eben so die auf den Bezug in eigener Person und auf den Bezug in natura.

Diese Erweiterung fand man zweckmäßig im Interesse des Eigenthümers selbst. Es wurde dadurch jemandem (z. B. dem Testator) die Möglichkeit eröffnet, einem Andern den reellen Vortheil des Eigenthums auf Lebenszeit zu verschaffen, und zwar mit der Garantie, welche die Servitut gewährt, ohne das Eigenthum zu geben, ohne dasselbe hier also dem Erben zu entziehen. — Es ist begreiflich, daß der Usufructus häufiger anzuwenden ist, als der Usus, und dadurch der falsche Schein über das Verhältniß von Regel und Ausnahme entstand.

2) Auch in Beziehung auf die heutige Anwendbarkeit der vier Personalservituten sind zum Theil unrichtige Ansichten vorgekommen.

Einige haben den bloßen Usus für unanwendbar gehalten aus dem Grunde, weil wir kein genau entsprechendes deutsches Wort dafür hätten. Dieser Mangel ist kein Hinderniß für die Anwendung, da die Möglichkeit der Intention nicht ausgeschlossen ist, z. B. es giebt Jemand den Gebrauch eines Hauses, aber nur zur persönlichen Benutzung ohne das Recht der Vermiethung. So wird „Wohnung" zu verstehen sein; vgl. auch L. 10. §. 1.

D. de usu das Beispiel der römischen Juristen selbst bei Beurtheilung des griechischen Worts. Es ist aber auch nicht wohl denkbar, daß gerade die regelmäßigste Personalservitut unanwendbar sein sollte, da wir ja immer eher eine Personalservitut im Zweifel nach der Consequenz des Servitutenbegriffs beurtheilen müssen.

Sodann fragt es sich über die Anwendung der habitatio und operae als besonderer Servituten. Habitatio ist das Recht der Wohnung, also usus oder ususfructus, aber es ist eine dritte Servitut angenommen worden mit folgenden Abweichungen: 1) sie wird nicht verloren durch capitis deminutio des Berechtigten, 2) der habitator soll die Wohnung vermiethen können, aber die Ausübung seiner Servitut nicht unentgeltlich einem Andern überlassen dürfen. Operae servorum et animalium sind Bedienung durch die Sclaven oder persönlichen Gebrauch der Thiere. Mithin wären die operae nichts als ein usus, und dies war auch die Meinung mancher römischen Juristen. Andere dagegen nahmen eine vierte Servitut an und behaupteten folgende Abweichungen: 1) es ist Vermiethung gestattet, 2) sie wird nicht verloren durch non usus und capitis deminutio, 3) wenn operae vermacht werden, erfolgt Transmission des Legats auf die Erben, wenn der Legatar stirbt, ohne in den Genuß gekommen zu sein. Es ist unrichtig zu glauben, die Servitut gehe durch den Tod verloren, es ist nur von der Transmission des Legats, der Forderung die Rede.

Die Veranlassung zur Aufstellung dieser besonderen Servituten war, daß die Testatoren sich statt des streng juristischen Wortes usus und ususfructus des factischen und vulgären bedienten, und daß man es bedenklich fand, vielleicht gegen ihre Intention jene juristischen Regeln anzuwenden. Daraus, daß hier die Unterscheidung sich lediglich auf den Sprachgebrauch gründet, folgt von selbst, daß diese beiden Servituten als besondere antiquirt sind. Es wäre denn auch für uns nicht möglich, Regeln darüber aufzustellen, in welchen Fällen eine Servitut nach diesen Grundsätzen beurtheilt werden sollte. Thibaut hat in Beziehung auf eine derselben, die habitatio, den Versuch einer Erklärung gemacht, der, wenn er richtig wäre, ihre Anwendung möglich machen würde. Er hat geglaubt, die Intention eines Almosens sei das Charakteristische derselben. Aber diese Meinung gründet sich nur auf den Unterschied des Vermiethens und Verschenkens (darauf daß

das Verschenken der habitatio verboten ist), die andere Abweichung läßt sich nicht darauf zurückführen. Die Begründung jener Ansicht ist daher nicht hinreichend, da sich die Abweichung vollkommen eben so gut von jenem natürlichen Anlaß aus herleiten läßt, der zugleich die andere Abweichung mit erklärt. Man wollte in der Abweichung nicht weiter gehen, als das Interesse des Berechtigten es forderte und blieb für das Weitere bei dem regelmäßigen Begriff der Servitut stehen.

Usus.

§. 180.

Der Usus ist die reine Personalservitut. Sein Inhalt ist genau bestimmt durch den Servitutenbegriff: Beziehung der Benutzung auf das persönliche Individuum. Es bedarf keiner äußeren Schranke, um das Interesse des Proprietars zu wahren, da die Rechte des Usuars schon durch den Begriff der Servitut genau bestimmt und begränzt sind. In dem Usus liegt: 1) Benutzung in dem Umfange, wie es das eigene persönliche Bedürfniß des Usuarius erheischt — doch mit dem Inbegriffe der Familie, welcher er vorsteht, und die ihren Unterhalt von ihm bezieht. Der Bezug von natürlichen Früchten z. B. von einem Landgute, Walde, einer Heerde ist nicht ausgenommen, aber auf jenen persönlichen Bedarf beschränkt.

2) Naturalbenutzung; der Umsatz in ein Aequivalent fällt nicht in den Usus, sondern in den Fructus. Daher kann der Usuar keine Früchte verkaufen, ferner nicht seinen Usus vermiethen, überhaupt ihn nicht durch einen Andern ausüben lassen. Dies ist der Unterschied zwischen Usus und Ususfructus.

In einigen Fällen weichen die römischen Juristen von diesen Consequenzen ab, indem sie die Befugnisse des Usuars erweitern. Aber diese Erweiterung ist nur geschehen bei der Bestellung durch Testament, so weit ein Grund existirt, die allzu genaue Abgrenzung als dem Willen des Testators nicht entsprechend zu betrachten. Diese Fälle sind [1]): 1) beim usus aedium kann der Usuar das Haus nicht bloß zu eigner Wohnung mit der Familie benutzen, sondern auch überflüssige Piecen vermiethen, wenn nur der Usuar selbst wohnt. 2) Beim usus silvae ist ihm der Verkauf des Hol-

---

1) Vgl. L. 2. §. 1. L. 8. 12. §. 4. L. 22. pr. D. de usu (7, 8).

zes erlaubt, wenn der Wald so entfernt ist, daß die Naturalbenutzung zu schwierig oder unmöglich wäre. 3) Der usus von Pferden, der einem Pferdeverleiher bestellt ist, dessen Gewerbe dem Testator bekannt war, schließt die Benutzung für das Gewerbe, also Vermiethung in sich.

Der Usus kann auf der andern Seite beschränkt werden, theils durch Wegnahme einer einzelnen Gebrauchsbefugniß, theils durch Reduction auf eine solche. So kann namentlich eine einzelne Gebrauchsweise, z. B. das Recht, ein gewisses Gewerbe auf dem Grundstücke des Andern zu betreiben u. s. w., auch solche Rechte, wie sie gewöhnlich als Inhalt von Realservituten vorzukommen pflegen, als persönliche Servituten gegeben werden, also als Usus z. B. das Recht zu gehen, Wasser zu beziehen [1]).

Verhältniß zu dem Proprietar.

Der Proprietar ist von der Benutzung, so weit sie dem Usuar zusteht, ausgeschlossen (in Beziehung auf die Früchte concurrirt er mit ihm).

Da er also über die Nutzungsrechte, soweit sie dem Usuar zustehen, keine Macht hat, so kann er auch keine Servituten auflegen, weil diese eben in Nutzungsrechten bestehen. Eine Ausnahme natürlich findet statt, wo der bestehende Usus nicht betroffen wird, z. B. wenn die Servitut sich blos auf den Fructus bezöge, denn diesen hat der Usuar nicht, oder der Proprietar die servitus altius non tollendi bestellte, denn der Usuar darf das Haus gar nicht höher bauen oder verändern. Vgl. L. 15. §. 7 D. de usufr. [2]) Note f. (was hier vom ususfructus gilt auch vom usus.) Wie erklärt sich in dieser Stelle das ne quidem consen-

---

1) L. 14. §. 3. D. de alim. leg. (34, 1): Quidam libertis suis, ut alimenta, ita aquam quoque per fideicommissum reliquerat. Consulebar de fideicommisso, cum in ea regione Africae vel forte Aegypti res agi proponebatur, ubi aqua venalis est. Dicebam igitur, esse emolumentum fideicommissi, sive quis habens cisternas id reliquerit, sive non; ut sit in fideicommisso, quanto quis aquam sibi esset comparaturus. Nec videri inutile esse fideicommissum, quasi servitute praedii non possessori vicinae possessionis relicta; nam et haustus aquae, ut pecoris ad aquam adpulsus, est servitus, personae tamen ei (l. eius) qui vicinus non est, (non) inutiliter relinquitur. In eadem causa erunt gestandi, vel in tuo uvas premendi, vel areae tuae ad frumenta ceteraque legumina exprimenda utendi. Haec enim aqua personae relinquitur. Die eingefügte Negation hat hier keine Bedenklichkeit, wo sie durch den Zusammenhang der Stelle selbst gefordert wird, nicht bloß durch eine außer ihr liegende Schwierigkeit, wo dergleichen Emendationen immer höchst bedenklich sind.

2) L. 15. §. 7. D. de usufr. (7, 1): Sed nec servitutem imponere fundo

tiente fructuario? Der Proprietar kann keine Servitut auflegen aus dem obigen Grunde, der Usuar nicht, weil er sein Recht nicht veräußern kann, weder ganz noch theilweise. Was nun keiner kann, können auch beide zusammen nicht, so lange das Verhältniß besteht, das jeden bindet. Man könnte denken, ein Ausweg sei Cession dieses Nutzungsrechtes, aus dem die Servitut formirt werden soll, an den Proprietar. Dies ist aber auch nicht möglich, weil der Usus untheilbar ist. Also kann eine Servitut nur so errichtet werden, daß der ganze Usus an den Proprietar cedirt, und dann von neuem bestellt wird. — Auf der andern Seite kann der Proprietar fordern, daß der Usuar die Sorgfalt eines diligens paterfamilias auf die Sache verwende, und um so mehr, daß er alles unterlasse, was die Sache beschädigen würde. Er kann den Ersatz jedes durch irgend eine Schuld desselben verursachten Schadens fordern. Auf welche Pflicht die cautio usuaria geht, die der Proprietar fordern kann. Es gelten davon die Grundsätze der cautio usufructuaria, siehe §. 181.

Usufructus.

§. 181.

Zu dem Usus kann noch der Fructus hinzukommen, das Recht der natürlichen und juristischen Früchte (siehe Lehrbuch). Dies giebt schon der Name ususfructus, aber auch fructus bedeutet dasselbe, es giebt keine besondere Servitut des fructus. Hier entsteht die Frage: ist ein fructus sine usu möglich? Ein Fructus ohne Usus kann nicht bestellt werden durch willkührliche Retention des Usus, weil sonst gerade das Charakteristische der Servitut wegfallen und nur die Anomalie übrig bleiben würde. Daher wenn jemand dem A den Fructus, dem B den Usus an derselben Sache vermacht, so ist dies so zu verstehen, daß A Usufructuar ist, in dem Usus concurriren beide mit einander. Dennoch ist jenes Resultat auf eine indirecte Weise möglich:

1) Wenn der Usus schon vorher einem Andern gegeben war, so daß der Proprietar gar nicht mehr über den Usus disponiren

---

potest proprietarius, nec amittere servitutem. Adquirere plane servitutem eum posse, etiam invito fructuario, Iulianus scripsit. Quibus consequenter fructuarius quidem adquirere fundo servitutem non potest, retinere autem potest, et si forte fuerint non utente fructuario amissae, hoc quoque nomine tenebitur. Proprietatis dominus ne quidem consentiente fructuario servitutem imponere potest.

kann, so kann nur der Fructus bestellt werden als persönliche Servitut. Hier hat der Fructuar allerdings nur den Fructus, aber der Usus accrescirt ihm, wenn der Usuar sein Recht verliert.

2) Der Usufructuar, der die volle Servitut hat, kann den Usus an den Proprietar zurückcediren. Dadurch verliert der Fructus nicht die Eigenschaft einer Servitut, die er schon hatte.

In Beziehung auf die Früchte, deren Bezug dem Usufructuar zusteht, kann über Anfang und Ende der Nutzung Zweifel entstehen, da die Früchte entstanden, aber noch nicht separirt, oder percipirt sein können. Die Frage ist, welches dieser drei Momente entscheidet über die Berechtigung des Usufructuars? (Hinsichtlich des Usus ist kein Zweifel möglich.) Bei dieser Frage hängt alles von dem zur Zeit der Entstehung und der Endigung des Nießbrauchs schon geschehenen oder nicht geschehenen Erwerb der Früchte ab. Dieser Grundsatz läßt sich aber nicht schlechthin auf juristische Früchte anwenden. Die juristischen Früchte vertheilen sich auf die einzelnen Tage; von dem Tage der Entstehung bis zum Tage der Endigung fallen sie dem Usufructuar zu, die früheren oder späteren Tagesquoten dem Proprietar. Auf den Zeitpunkt der Fälligkeit kommt nichts an. Nun aber giebt es juristische Früchte, die ein Aequivalent für den natürlichen Fruchtbezug sind, auf diese läßt sich die Entscheidung bei den natürlichen Früchten anwenden, so bei dem Pachtzins. Endigt sich der Ususfructus nach der Ernte, so fällt der ganze Pachtzins an den Usufructuar oder seine Erben, endigt er sich vor der Ernte, so kommt derselbe an den Proprietar [1]).

Abgaben liegen auf dem Fructus, hat einer den Usus, der andere den Fructus, so hat letzterer sie zu tragen.

Die große Ausdehnung der Rechte des Usufructuars macht es um so wichtiger, die Proprietät, mit welcher der Usufructus künftig wieder vereinigt werden soll, unverkümmert zu erhalten, und einer unbilligen Ausübung Schranken zu setzen; um so mehr

---

1) Vgl. L. 58. pr. de usufr. (7, 1.): Defuncta fructuaria mense Decembri, iam omnibus fructibus, qui in his agris nascuntur, mense Octobri per colonos sublatis, quaesitum est, utrum pensio heredi fructuariae solvi deberet, quamvis fructuaria ante calendas martias, quibus pensiones inferri debeant, decesserit, an dividi debeat inter heredem fructuariae et rempublicam, cui proprietas legata est? Respondi rempublicam quidem cum colono nullam actionem habere, fructuariae vero heredem sua die, secundum ea, quae proponerentur, integram pensionem percepturum.

als in dem Fructus, nicht, wie in dem Usus an sich ein bestimmtes Maaß liegt. Der Usufructuar hat den vollen Fruchtbezug, aber er darf nicht conditionem proprietatis deteriorem facere. Daraus ergiebt sich folgendes:

1) Durch die Ausübung des Nießbrauchs darf nie die Existenz der Sache selbst gefährdet werden, wie dies schon die Legaldefinition ausdrückt[1]).

2) Die Art der Benutzung darf nicht auf eine die Interessen des Proprietars gefährdende Weise geschehen, namentlich darf sie nicht eine solche sein, wodurch die Sache ihren Character verlieren würde, z. B. ein praedium urbanum darf der Usufructuar nicht in ein praedium rusticum verwandeln oder umgekehrt, überhaupt keine wesentliche Veränderung vornehmen, z. B. sogar nicht ein Gebäude hinausbauen, auch wenn es jetzt nicht bewohnbar wäre. Eine andere Entscheidung tritt ein, wenn ein Grundstück lediglich die Bestimmung hätte, den größtmöglichen dauernden Gewinn davon zu ziehen, so daß die individuelle Art der Benutzung dem Eigenthümer gleichgültig ist. Daher können unter dieser Voraussetzung noch weit größere Veränderungen gestattet sein, sogar kann erlaubt sein statt des Feldbaues Bau auf Mineralien einzuführen, immer auch vorausgesetzt, daß kein Interesse des Proprietars verletzt ist. Vgl. L. 13. § 5. de usufr.[2]) Madai dagegen versteht si quidem von einer Bedingung, nicht jedem Usufructuar sei erlaubt, die Lage des Proprietars zu verbessern, es müsse ihm dies ausdrücklich durch Vertrag eingeräumt worden sein. Dies ist schon an sich eine wunderliche Ansicht, wenn ein Usufructuar unerlaubter Weise die Sache verbessert hätte, wie soll es dann der Proprietar nach Madai anfangen, deshalb zu klagen — soll er auf das Interesse klagen? —; dann aber ist diese Erklärung auch der gewöhnlichen Wortbedeutung entgegen.

---

1) L. 1. D. eod.

2) L. 13. §. 5. de usufr. (7, 1): Inde est quaesitum an lapidicinas, vel cretifodinas, vel arenifodinas ipse instituere possit? Et ego puto etiam ipsum instituere posse, si non agri partem necessariam huic rei occupaturus est. Proinde venas quoque lapidicinarum et huiusmodi metallorum inquirere poterit, ergo et auri, et argenti, et sulphuris, et aeris, et ferri, et ceterorum fodinas, vel quas paterfamilias instituit, exercere poterit, vel ipse instituere, si nihil agriculturae nocebit. Et si forte in hoc quod instituit, plus reditus sit quam in vineis vel arbustis vel olivetis quae fuerunt, forsitan etiam haec deiicere poterit, si quidem ei permittitur meliorare proprietatem. Nach Feuerbachs Erklärung soll die Stelle so heißen: nocebit, etsi — fuerunt. Forsitan etc.

3) Abgesehen davon, daß die Nutzung nicht in einer Weise geschehen darf, welche die Sache verändert, ist die Art der Benutzung unabhängig von der Behandlungsweise des Eigenthümers. Dagegen ist das Maaß derselben in Beziehung auf die Früchte nach dem Maaß der Benutzung des Eigenthümers zu bestimmen. Diese Schranke ist nothwendig, weil eine übermäßige Nutzung eine Abnutzung, also eine Veränderung der Substanz zur Folge haben kann.

Der Usufructuar hat wegen seiner Pflichten die cautio usufructuaria zu stellen (Ausnahmen siehe Note n des Lehrb.). Diese Caution hat zwei Bestandtheile: 1) eine Verbindlichkeit durante usufructu, ordnungsmäßige Benutzung, Sorge für Erhaltung der Sache, theils durch die eigene dazu erforderliche Thätigkeit, z. B. Anpflanzung, Ergänzung der Heerden u. s. w., theils gegen fremde Beschädigung. Aus diesem Theile der Caution kann der Proprietar schon während des Nießbrauchs klagen; 2) eine Verbindlichkeit finito usufructu, Restitution der Sache, wie sie durch ordnungsmäßige Benutzung geworden ist, mit Ersatz des Schadens, der durch Vernachlässigung der Pflichten des Usufructuars entstanden ist. Dahin kann auch der Ersatz des Werthes gehören, wenn der Usufructuar die Sache hat usucapiren lassen.

Quasiususfructus.

§. 182.

Gegenstand dieser Servituten können nicht sein Rechte, weil Servituten Rechte an Sachen sind, und auch nicht verbrauchbare Sachen z. B. Geld, weil neben dem Gebrauch dieser Sachen nicht eine Fortdauer der Proprietät möglich ist. Wenn ein Usus oder Ususfructus an solchen Gegenständen bestellt wird, so wäre eigentlich das Geschäft nichtig. Ferner wenn ein Nießbrauch an allen Gütern bestellt wäre, so müßte jener, an Rechten oder verbrauchbaren Sachen, ausgenommen werden. Dies ist verändert durch ein Senatusconsultum, nach welchem eine analoge Anwendung der Grundsätze vom Ususfructus eintreten soll, dadurch ist ein Nießbrauch an allen Vermögensgegenständen möglich geworden, also auch ein ususfructus omnium bonorum. Die Analogie der Behandlung drückt das Wort Quasiususfructus aus (usus und ususfructus läßt sich hier nicht unterscheiden). Die analoge

Anwendung bezieht sich auf Entstehung und Endigung, ferner auf die cautio usufructuaria. Dagegen lassen sich die Grundsätze, welche bei dem wahren Usufructus von dem Verhältniß beider Parteien durante usufructu gelten, nicht anwenden, da von dem Bestehen einer Proprietät neben dem Usufructus hier nicht die Rede sein kann. 1) Quasiusufructus an verbrauchbaren Sachen. Die Sachen, an denen ein Quasiusufructus bestellt wird, kommen ins Eigenthum des Quasiusufructuars. An die Stelle des sonstigen Verhältnisses zwischen Proprietar und Usufructuar tritt eine Obligation, tantundem zu restituiren, entweder dieselbe Qualität derselben Sachen, oder die Aestimation. Dies hat der Quasiusufructuar zu versprechen, aber auch ohne Versprechen besteht die Obligation ipso iure.

In manchen Fällen kann es zweifelhaft sein, ob verus oder quasiususfructus bestellt ist, ob also die Sache als verbrauchbar anzusehen ist, oder nicht. Das Interesse der Frage besteht darin, daß hier die Abnutzung oder der zufällige Untergang den Usuar, dort den Proprietar trifft. So ist es eine alte Streitfrage, ob an Kleidern und Gewändern ein verus oder quasiususfructus stattfindet, z. B. ein Theaterdirector hinterläßt seiner Wittwe den Usufructus der Theatergarderobe. Es ist ein Irrthum, die Frage absolut mit ja oder nein beantworten zu wollen, und daher die variirenden Entscheidungen des geschriebenen Rechts für Widersprüche zu halten. Es wird vor allem auf die Intention der Parteien ankommen; erhellt diese nicht aus andern Umständen, so ist sie nach der Art der vestimenta zu bestimmen, (wenn auch nicht mit den Glossatoren schlechthin Sonntags- und Alltagskleider zu unterscheiden sind).

2) Usufructus an Rechten. Der Hauptfall ist der ususfructus nominum (Usufructus an ausstehenden Capitalien). Viele Juristen haben behauptet, dies sei ein verus ususfructus, ein quasiususfructus nur dann, wenn er ausdrücklich von den Parteien bestellt worden sei[1]). Andere haben ihn mit dem ususfructus pecuniae verwechselt. Daß dieser quasiususfructus ist, beruht auf andern Gründen. Nerva wollte den ususfructus nominis (mit Ausnahme eines Falls, wo er mit dem ususfructus pecuniae zusammenfällt) gar nicht statt finden lassen, er glaubte,

1) So z. B. Mühlenbruch, Cession der Forderungsrechte S. 497 f.

das Senatusconsult beziehe sich nur auf Sachen. Natürlich war er weit entfernt, ihn als verus gelten zu lassen, sondern er läugnet überhaupt, daß das Geschäft gültig sei, so daß sich also diese Controverse gar nicht auf unsere Zweifel bezieht.

Man muß zwei Fragen unterscheiden, 1) ist der ususfructus nominum ein quasiususfructus; 2) finden die Grundsätze vom periculum darauf Anwendung? Die Bejahung der ersten Frage kann durchaus nicht zweifelhaft sein, Servituten sind nur an Sachen möglich, nicht an Rechten. Der Usufructuar erhält die Forderung durch Cession oder Delegation, mit der Verbindlichkeit finito usufructu tantundem zu restituiren. Darin liegt auch in der That die Bejahung der zweiten Frage. Es kommt nirgends vor, daß eine Ausnahme in Beziehung auf das periculum gemacht worden wäre, mithin muß auch diese Frage nach den gewöhnlichen Grundsätzen vom Quasiususfructus beantwortet werden. — Uebrigens ist der Fall auszuscheiden, wo der Berechtigte gar keinen Einfluß auf die Forderung erhält, sondern nur auf die Zinsen angewiesen wird. Hier kann nicht einmal von einem dem Nießbrauch analogen Verhältniß die Rede sein. Die Stellen des geschriebenen Rechts enthalten denn auch nichts anderes, sondern gehen entschieden von diesen Grundsätzen aus[2].

Realservituten.

Allgemeine Grundsätze.

§. 183.

Der Inhalt einer Realservitut besteht in einem Vortheil, der einem Grundstück (dem praedium dominans) von einem andern (dem praedium serviens, praedium quod servitutem debet) gewährt wird.

Es giebt drei allgemeine Grundsätze:

1) Dem herrschenden Grundstück muß die Servitut einen Vortheil gewähren, nicht bloß ein persönliches Bedürfniß des Eigenthümers befriedigen, so daß der jeweilige Eigenthümer sogar möglicherweise keinen Nutzen davon haben kann[1].

---

2) Vgl. L. 24. pr. de usu et usufr. (32, 2.) L. 1. C. de usuf. (3, 33.)

1) L. 8. pr. D. serv. (8, 1.) Ut pomum decerpere liceat, et ut spatiari, et ut coenare in alieno possimus, servitus imponi non potest. L. 19.

Wie ist nun aber der Vortheil des Grundstücks zu denken? Der Inhalt desselben muß ein Vortheil der Sache sein, durch welche hindurch er der Person des Eigenthümers zukommt, (darin liegt der Unterschied von der Personalservitut) und zwar Vortheil einer unbeweglichen Sache. So ist z. B., wenn Jemand für ein Reitpferd das Weiderecht sich bestellen läßt, dies keine Realservitut.

Nur dann aber läßt ein Vortheil sich als der eines Grundstücks ansehen, wenn er entweder dem Grundstück im Ganzen zukommt, wie dies z. B. bei einer Wegservitut der Fall ist, oder wenn er einem damit in Verbindung stehenden Gegenstande zukommt, einem solchen, der Theil des Grundstücks ist oder so behandelt werden kann. Also kann eine Servitut bestellt werden für ein Haus (eine Superficies, Theil des Grundstücks), für die Früchte, welche auf dem Grundstück wachsen (z. B. die servitus aquaeductus), oder für das Vieh, welches zur Bewirthschaftung des Grundstücks gehört (z. B. die servitus pascendi).

Daher ist keine Realservitut gegeben, wenn eine Fabrik auf dem Grundstücke angelegt oder sonst eine Gewerbe darauf betrieben, und dem Eigenthümer ein Recht, das die Ausübung dieses Gewerbes unterstützt, verliehen wird, denn das Gewerbe kann nicht als Theil des Grundstücks angesehen werden. Es ist also ein solches Recht entweder eine Personalservitut oder eine bloße Obligatio.

In dieser strengen Anknüpfung an das Grundstück liegt zugleich der Maaßstab der Ausübung. Nur für das Bedürfniß des herrschenden Grundstücks, und nicht weiter, als dieses Bedürfniß reicht, kann die Realservitut ausgeübt werden[2]). Darum wird die Beschaffenheit und Bestimmung des Grundstücks einen bedeutenden Einfluß auf den Inhalt der Realservituten haben. Dadurch gelangen wir auch zum rechten Verständniß der Eintheilung in servitutes praediorum rusticorum und urbanorum[3]).

---

eod. Ei fundo, quem quis vendat, servitutem imponi etsi non utilis sit, posse existimo, veluti si aquam alicui ducere non expediret, nihilominus constitui ea servitus possit. Quaedam enim habere possumus, quamvis ea nobis utilia non sunt. Die zweite Stelle hat man dem allgemeinen Servitutenbegriff widersprechend gehalten, wonach die Servitus einen Nutzen gewähren muß; sie findet hier von selbst ihre Erklärung.

2) L. 5. §. 1. D. de S. P. U. (8, 3.)

3) Vgl. Note e des Lehrbuchs.

Die gewöhnliche Ansicht ist die: die Eintheilung richtet sich nach dem herrschenden Grundstück, also darnach, ob dies ein Gebäude ist oder nicht. Dies ist auch nicht unrichtig, der Ausdruck bleibt in der Analogie von servitutes personarum, praediorum, wo ebenfalls das Subject genannt wird. Die Meinung einiger Juristen, daß das dienende Grundstück entscheiden müsse, ist entschieden unrichtig; sie ist ausgegangen von dem Begriff der Servitut als Dienstbarkeit, nicht als Recht, und es findet sich keine Spur im geschriebenen Recht, daß die Römer diesen Gedanken gehabt hätten. Die Unvollkommenheit jener ersten Ansicht besteht darin, daß sie bei dem ganz Aeußerlichen stehen bleibt, ohne einen Einfluß des herrschenden Grundstücks auf den Inhalt der Servituten zu ahnen. Dies zeigt sich in der Behauptung, Rustikalservituten könnten auch als servitutes urbanae vorkommen, was in der That absurd ist.

Einige Juristen[4]) haben die Eintheilung auf den Inhalt bezogen, aber dabei den Fehler begangen, das Aeußere ganz außer Ansatz zu lassen, wodurch die Eintheilung als willkührlich und absurd erscheint. Nach ihrer Meinung gäbe es nämlich zwei Arten von Realservituten: 1) Servituten, die zu Handlungen berechtigen servitutes praediorum rusticorum; 2) Servituten, die zur Einrichtung einer Anstalt berechtigen und negative, servitutes praediorum urbanorum. Wenn es auch richtig wäre, daß die Servituten durch diese Qualität sich unterschieden, so wäre ganz unerklärlich, warum die Römer einen so wunderlichen Namen gebraucht hätten. Man müßte einen Schritt weiter gehen und jene Verschiedenheit aus dem verschiedenen Charakter der praedia rustica und urbana ableiten. Dies wird indessen nie gelingen können.

Das Richtige ist, den Begriff zugleich in der Beschaffenheit des Grundstücks und in dem davon abhängigen Inhalt zu suchen. Auf diesem Wege war Pfordten[5]), ohne die Wahrheit ganz zu erreichen. Seine Ansicht ist: Servituten zwischen Feldgrundstücken sind servitutes praediorum rusticorum, Servituten zwischen Grundstücken, von denen beide oder nur eins, gleichviel welches, ein Gebäude ist, sind servitutes praediorum urbano-

---

4) Stever de serv. praed. (1817), v. Vangerow Leitfaden I. §. 339.
5) v. d. Pfordten Archiv XXII. 2.

rum. Auch hier ist eine andere Eintheilung substituirt, nicht die obige erklärt. Diese Eintheilung kommt auch bei den römischen Juristen vor in L. 3. de serv.[6]), in der das „consistunt" sich auf beide Grundstücke beziehen kann. Vergl. auch L. 20. pr. de D. serv. praed. urb. Aber der Jurist behauptet nicht, daß diese Eigenthümlichkeit mit der unsrigen identisch sei. Das Wahre ist: Serv. pr. urb. sind die Servituten, welche einem Gebäude zustehen, serv. pr. rust. die einem andern Grundstück zukommen. Aber diese Verschiedenheit des praedium dominans hat einen entscheidenden Einfluß anf den Inhalt der Servitut. Die Bedürfnisse beider Arten von Grundstücken sind verschieden. Mancher allgemeine Inhalt ist bei beiden denkbar, z. B. das Recht zu gehen, aber dieser Inhalt nimmt in beiden Fällen einen verschiedenen Charakter an. Die praktische Folge ist, daß die Grundsätze, welche in dem einen Fall von einem solchen Rechte gelten, z. B. von der Wegegerechtigkeit, nicht schlechthin auf den andern anwendbar sind. — Eine Stelle[7]) hat vielfach Bedenken verursacht, da sie als serv. praed. rust. solche Servituten aufführt, welche sonst nur als serv. praed. urb. vorkommen und zum Theil nur als solche gedacht werden können z. B. die servitus altius tollendi etc. Sie erklärt sich am natürlichsten so: licere altius tollere et officere praetorio vicini, protectum habere licere etc. werden serv. praed. rust. genannt, darum weil sie schon jetzt für ein künftiges Gebäude erworben werden können.

In diesem Einfluß auf den Inhalt der Servituten liegt das hauptsächlichste Interesse der Eintheilung. Aber es giebt doch noch andere(nur nicht damit zusammenhängende) Verschiedenheiten ihrer rechtlichen Behandlung, wegen deren es von Interesse ist, zu wissen, ob es sich von einer servitus praedii urbani oder rustici handle. Darauf beziehen sich die Stellen, wo die Frage beantwortet wird, ob gewisse Servituten zu den serv. pr. rust. zu rechnen sind.[8]) Im ältern Recht z. B. waren die serv. pr. rust. res mancipi; ferner ist noch im neuern ein Unterschied in

6) L. 3. D. de serv. (8, 1.): servitutes praediorum aliae in solo, aliae in superficie consistunt.

7) L. 2. pr. D. de serv. praed. rust. (8, 3.): Rusticorum praediorum servitutes sunt: licere altius tollere et officere praetorio vicini, vel cloacam habere licere per vicini domum vel praetorium, vel protectum habere licere.

8) So L. 1. §. 2. D. de. serv. pr. rust. (8, 3.) §. 2. I. de serv. (2, 3.)

Beziehung auf den Untergang durch non usus, ferner bei der Verpfändung. E. Zachariä[9]) will darthun, daß diese Unterschiede nicht bestehn, sondern nur für gewisse einzelne Servituten gelten. Dies ist jedoch durchaus nicht gelungen. Siehe unten.

2) Das dienende Grundstück muß den Vortheil gewähren durch eine ihm innewohnende Eigenschaft, sei es durch den Boden selbst (z. B. Weg) oder durch eine res soli, z. B. Wasser, Mineralien, Gebäude. Dieses Erforderniß nennt man die perpetua causa der Servitut. Ausgeschlossen sind hierdurch die Fälle: a) wenn die nutzbaren Gegenstände erst durch eine Handlung des Eigenthümers auf das Grundstück kommen, z. B. Abfälle von einem Gewerbe, Wasser, das erst hingeschafft wird; b) wenn sie sonst äußerlich an das Grundstück gebracht werden, besonders wenn dies nur vorübergehend geschieht, so z. B. ist das Recht hingeschwemmten Sand zu nehmen keine Realservitut. Dahin würde auch das Wasser gehören, welches nur durch eine künstliche Anstalt auf das dienende Grundstück hingebracht ist, z. B. durch Schöpfräder und dergleichen, ferner Cisternen. Anders ist es, wenn das Wasser nur *über* das Grundstück geleitet wird; hier gewährt das Grundstück nur den Boden und dies ist causa perpetua. Eine solche Uebereinkunft würde allerdings obligatorische Wirkung haben, aber consequenter Weise nicht die Wirkung einer Realservitut. Indessen ist das römische Recht doch noch einen Schritt weiter gegangen, und hat bei dem Wasser gegen diese Regel, nachgiebig gegen das Bedürfniß, auch eine Servitut angenommen.

3) Ein örtliches Verhältniß zwischen den Grundstücken, welches den Vortheil möglich macht. Von dem Inhalt der Servitut wird es abhängen, ob ein Aneinanderstoßen der Grundstücke erforderlich ist, oder nicht. Die Vicinität ist also nicht absolut zu nehmen. Der Zusammenhang kann unter Umständen dadurch hergestellt werden, daß das dazwischenliegende Grundstück demselben Recht unterworfen ist, z. B. der Wegservitut, oder daß dasselbe der Ausübung sonst kein Hinderniß macht, z. B. es liegt ein öffentlicher Weg dazwischen. So ist auch die servitus perspectus möglich, so lange die zwischenliegenden Grundstücke nicht

---

9) Ueber die Unterscheidung zwischen serv. rusticae und urbanae, Heidelberg 1844.

erhöht werden, z. B. es liegt ein Teich dazwischen, wo für jetzt gewiß keine Erhöhung geschieht, oder auch, wo keine solche Schwierigkeit vorhanden ist, so lange der Eigenthümer es nur ohnedieß unterläßt.

Einzelne Servituten.

§. 184. 185.

Diese §§. des Lehrbuchs geben und erläutern die einzelnen Servituten theils praed. urb., theils rust., die im geschriebenen Recht vorkommen. Die angeführten Servituten sind nur als Beispiele, keineswegs als ausschließliche Fälle zu betrachten; die Realservituten sind nicht auf eine bestimmte Zahl beschränkt, die Schranke ist nur eine innere durch die Erfordernisse des vorigen §., denen jede einzelne Servitut entsprechen muß.

Entstehung der Servituten.

§. 186.

S. das Lehrbuch. Miteigenthümer des künftigen herrschenden Grundstücks müssen alle erwerben, jedoch kann diese Erwerbung successive geschehen. So lange noch einer nicht erworben hat, ist keine Servitut vorhanden nach dem Grundsatze von der Untheilbarkeit der Servituten. — Kein Anderer als die Genannten, z. B. nicht der Usuar oder Usufructuar, kann sich für das Grundstück eine Servitut bestellen lassen.

§. 187.

Bei der Bestellung der Servituten kommt zweierlei in Betracht, 1) das Bedürfniß des Bestellers; 2) der Act der Bestellung selbst.

Zu 1. Der Eigenthümer ist regelmäßig derjenige, welcher befugt ist, eine Servitut auf die Sache zu legen. Ein Miteigenthümer kann den Ususfructus an seiner pars bestellen, nicht andere Servituten, eben wegen der Untheilbarkeit. Bei der Bestellung jeder andern Servitut außer dem Ususfructus müssen alle Miteigenthümer zusammenwirken; die Servitut ist entstanden, wenn alle bestellt haben, auch wenn dies successiv geschehen ist.

Bei der Bestellung durch einen bonae fidei possessor wird der Erwerber geschützt gegen jeden, gegen den der Besteller mit

der Publiciana durchdringt. Eine durch einen Superficiar oder Emphyteuta bestellte Servitut wird aufrecht erhalten, so lange das Recht der Superficies und Emphyteusis an der Sache existirt. Auch an künftigen Sachen und für künftige Sachen können Servituten bestellt werden, also serv. pr. urb. für Grundstücke, welche jetzt noch rustica sind.

Zu 2. Der Act der Bestellung kann eine letztwillige Disposition, ein Vermächtniß sein. Das Recht entsteht, sowie die Zeit kommt, wo das Vermächtniß realisirt werden kann, ohne daß ein weiterer Act hinzukommen müßte.

Sehr bestritten ist, was zur vertragsmäßigen Bestellung gehört.

Bei dem Vertrage kann die Absicht auf eine Obligation gehen, so daß also der Vertrag die Bestellung noch nicht in sich schließen soll. Hier bringt der Vertrag nicht die Servitut hervor, der Grund aber liegt nicht in der Form, daß es ein Vertrag ist, sondern in dem Willen der Parteien.

Die Frage ist, wenn die Intention auf sofortige Entstehung der Servitut geht, ob der Vertrag zur Constituirung der Servitut hinreicht oder ob noch ein weiterer Act erforderlich ist. Sonst war hierüber die herrschende Meinung: es sei Tradition nothwendig, wenigstens bei affirmativen Servituten, bei negativen liege sie schon im Vertrage. Es giebt wenige Meinungen, die so ganz aller Begründung aus dem geschriebenen Rechte baar sind, denn nirgends ist ein Wort von der Nothwendigkeit der Tradition gesagt. Die Meinung hat keinen Grund als den Irrthum, daß Tradition eine allgemeine Entstehungsform der dinglichen Rechte sei. Dagegen ist schon oben das Nöthige bemerkt. So entsteht ja z. B. die Hypothek durch bloßen Vertrag (manche Neuere sind von jenem Aberglauben so durchdrungen, daß dies mit ein Grund für sie war, der Hypothek die Eigenschaft eines dinglichen Rechts abzuläugnen). Noch eine Veranlassung fand jener Irrthum in der alten Theorie vom titulus und modus acquirendi.

Die richtige Auffassung, daß Tradition nicht erforderlich ist, rührt ursprünglich von Savigny her, dessen Ansicht dann von Andern näher ausgeführt worden ist [1]). Es ist keine erfreuliche

1) Vgl. die literarischen Nachweisungen in Note f. des Lehrbuchs.

Erscheinung, daß es noch immer angesehene Juristen giebt, welche den alten Irrthum obstinat vertheidigen. Niemals hat man einen einigermaaßen scheinbaren Grund für die Nothwendigkeit der Tradition aufgestellt. Man hat versucht die Gegengründe zu beseitigen, vergessend, daß der Beweis dem obliegt, der die Tradition behauptet. (Man vergißt dies sehr leicht bei allen Irrthümern, — in der Wissenschaft giebt es keine Verjährung, wie alt auch eine wissenschaftliche Ansicht sein möge, sie muß immer bereit sein, sich zu legitimiren. Eine alte Thorheit ist nicht um ein Haar respectabler als eine junge.)

Aber es fehlt sogar nicht an einem hinreichenden Beweis des Gegentheils, der für jeden, welcher einigermaßen in die Geschichte des Rechts sich hineinfühlt, einleuchtend sein muß.

Im ältesten Recht wurden die Servituten ausschließlich durch Vertrag bestellt, nur in einer solennen civilen Form: durch in iure cessio und bei der serv. praed. rust. durch Mancipation. Dann durch Uebereinkunft bei der in iure cessio oder Mancipation der Sache. Eine so bestellte Servitut ist iure civili constituta, sie setzt überdies eine Sache voraus, die das commercium des ius civile hat. Ursprünglich gab es keine andere Servitut. Vangerow meint: es sei uncivilistisch, daß ein dingliches Recht ohne Tradition entstehe. Dann müßte das ius civile das ius incivilissimum sein.

Bei Provinzialgrundstücken (eben so bei agri vectigales und bei einer Superficies) fand jene civile Bestellung keine Anwendung. Hier mußte man sich damit helfen, das Pactum durch eine Stipulation zu bekräftigen, um eine persönliche Klage (auf Strafe oder auf das Interesse) im Fall der Störung oder Verletzung zu haben. Dies war keine Servitut, sondern eine Obligatio. Das prätorische Recht erweiterte die Wirkung eines solchen Vertrags: 1) wenn Quasitradition hinzukommt, soll die Publiciana gegeben werden, bei welcher das Recht der Constituenten nicht bewiesen zu werden braucht, und mit der man gegen einen Minderberechtigten durchdringt. 2) Auch ohne Tradition soll dem Erwerber, wenn er das Recht des Bestellers nachweist, eine Confessoria zustehen, und dadurch ist also eine Servitut anerkannt. In beiden Fällen nannten die römischen Juristen die Servituten: servitutes tuitione praetoris constitutae. Das Resultat ist: eine Servitut kann durch einfachen Vertrag bestellt werden,

mit der Wirkung der prätorischen Confessoria. Dies Recht kann noch durch zwei Umstände erweitert werden: 1) durch Stipulation, welche die actio ex stipulatu, 2) durch Tradition, welche die actio publiciana giebt.

Nach dem Recht zur Zeit der römischen Juristen entstand also das Recht der Servitut immer durch Vertrag ohne Tradition, nach Civilrecht durch jene solennen Verträge, nach prätorischem Recht durch die einfachen Pacta. Die Tradition fügt noch eine besonders vortheilhafte Wirkung hinzu, aber nicht die des Rechts der Servitut. S. die Stelle der Note e.

Die Tradition müßte erst später, erst etwa im justinianischen Recht als Erforderniß hinzugesetzt sein, davon findet sich aber nicht die mindeste Spur, ja das Gegentheil wird ausgesprochen. Die Bestellung durch Vertrag wird in mehreren Stellen so genannt, daß man unmöglich die Tradition dabei stillschweigend subintelligiren kann[2]).

Justinian hat nichts gethan, als was von selbst folgte, 1) aus der Antiquirung der in iure cessio und mancipatio, 2) aus der Aufhebung des Unterschiedes zwischen italischen und Provinzialgrundstücken. Die Bestellung bei diesen letzteren ist die allgemeine geworden: die Tradition war früher nicht nothwendig, sie verschaffte nur jenen von der Entstehuug des Servitutenrechts unabhängigen Vortheil der Publiciana und so ist es auch im justinianischen Recht geblieben. Ueber die richterliche Bestellung, s. Lehrbuch. a. E.

---

2) §. 4. I. de serv. (2, 3): Si quis velit vicino aliquod ius constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere debet. Potest etiam testamento quis heredem suum damnare, ne altius tollat aedes suas, ne luminibus aedium vicini officiat, vel ut patiatur eum tignum in parietem immittere, vel stillicidium habere, vel ut patiatur eum per fundum ire, agere, aquamve ex eo ducere. L. 25 §. 7 D. de usufr. (7, 1): Quod autem diximus, ex re fructuarii vel ex operis posse adquirere, utrum tunc locum habeat, quotiens iure legati ususfructus sit constitutus, an et si per traditionem vel stipulationem vel alium quemcunque modum, videndum. Et vera est Pegasi sententia, quam et Iulianus libro sexto decimo secutus est, omnia fructuario adquiri. L. 1. pr. D. qu. mod. usufr. (7, 4): Non solum usumfructum amitti capitis minutione constat, sed et actionem de usufructu. Et parvi refert, utrum iure sit constitutus ususfructus, an vero tuitione praetoris. Proinde traditus quoque ususfructus, item in fundo vectigali vel superficie, non iure constitutus, capitis minutione amittitur.

Ersitzung der Servituten.

§. 188.

Die Ersitzung ist auf die Servituten angewendet worden, aus demselben Grunde, aus dem sie beim Eigenthum nothwendig wird, um das Recht gegen eine eintretende Unerweislichkeit zu sichern. Eine lange Ausübung soll den Nachweis der rechtmäßigen Entstehung ersetzen.

Ursprünglich scheint sogar die Usucapion darauf bezogen worden zu sein, wenigstens bei gewissen Servituten, bei denen man eine fortwährende Ausübung, continua possessio, annehmen kann, so namentlich bei den serv. pr. urb. und persönlichen Servituten. Von dieser Anwendung der Usucapion auf die Servituten kam man zurück, es giebt keine Usucapion der Servituten mehr, und zwar wird dafür die Lex Scribonia angeführt.

Nach prätorischem Recht ist dem longum tempus diese Wirkung der Ersitzung gegeben worden, so daß also eine solche Servitut eine servitus tuitione praetoris constituta ist. Das justinianische Recht hat dies recipirt.

Diese Ersitzung ist in den Erfordernissen sehr verschieden von der Ersitzung des Eigenthums; nur mit bedeutenden Modificationen ließ sich das Institut hierher übertragen. Dies wird gewöhnlich übersehen, wodurch eine nicht kleine Zahl von Irrthümern [1]) entstanden ist. Die Erfordernisse der Servitutenersitzung sind folgende: 1) Besitzerwerb (siehe oben: die Lehre vom Besitz.) Iustus titulus und bona fides sind hier nicht erforderlich; statt deren tritt ein anderes Erforderniß ein.

2) Fortgesetzte Ausübung die bestimmte Zeit hindurch. Zum Beweis dieser Fortsetzung ist nicht hinreichend, daß die Ausübung am Anfang und Ende der Zeit bewiesen werde (wie beim Eigenthum), sondern es müssen auch Ausübungshandlungen in der Zwischenzeit nachgewiesen werden. Wie viele nothwendig sind, ist dem Ermessen des Richters überlassen. Dieser Beweis ist entschieden erforderlich bei den servitutes discontinuae, welche blos in einzelnen getrennten Acten ausgeübt werden, wie z. B. die Wegservitut und überhaupt die meisten serv. praed. rust. Nur da, wo die Ausübung in einem fortdauernden Zustande besteht, bei

1) Vgl. Note m des Lehrbuchs.

persönlichen Servituten mit Detention der Sache zu diesem Zweck ferner in einer Anstalt, wie bei der servitus tigni und oneris, ist er nicht erforderlich, sondern es ist hinreichend, das Anfang und Ende dieses Zustandes nachgewiesen wird; der Beweis der Unterbrechung fällt dem Gegner zu — Unterbrochen wird die Ersitzung der Servitut, wie beim Eigenthum, durch Besitzverlust.

3) Der Besitzerwerb ist hiernach kein so bedeutendes Moment, wie bei der Usucapion der Sache. Darum ist hier die Rechtmäßigkeit des Besitzes, welche auch hier gefordert wird, nicht auf den Anfang verlegt, (nicht als iustus titulus und bona fides bestimmt,) sondern auf die ganze Dauer der Ausübung. Der Besitz muß eine iusta possessio sein, d. h. die Ausübung darf in keinem Theil der Zeit vi, clam oder precario geschehen sein, nämlich gegenüber dem Eigenthümer der dienenden Sache. Vi geschieht die Ausübung auch schon durch Handlung gegen Verbot, daher unterbricht ein Verbot die Ersitzung. Der Beweis, welcher dem Kläger obliegt, ist auch auf dies Erforderniß zu richten. Doch genügt der Beweis, daß die Ausübung von Anfang nec vi, nec clam, nec precario geschah, dann wird die Rechtmäßigkeit der Ausübung auch für die Folgezeit vermuthet.

Ohne Sinn ist es, neben diesem Erforderniß noch Titel und bona fides zu fordern, denn offenbar soll die iusta possessio das Surrogat für diese sein. Für den Titel giebt es auch nicht den Schein eines Grundes, für die bona fides hat man eine Stelle angeführt[2]). Offenbar will diese jedoch kein Erforderniß der Ersitzung, sondern des Besitzes geben („servitute usus"). Wenn sie etwas bewiese, so wird dies das Erforderniß der bona fides für den Besitz sein. Dies behauptet Niemand, folglich heißt das Wort credidit soviel als tanquam id suo iure faceret, es bedeutet hier nicht den guten Glauben, sondern die Absicht, die Servitut als eigenes Recht auszuüben. Dies ergiebt sich aus dem Gegensatz pro via publica, pro alterius servitute.

4) Die Zeit ist das longum tempus, also 10 Jahre inter praesentes, 20 Jahre inter absentes. Die Meinung, daß hier

---

2) L. ult. D. quemadm. serv. (8, 6): Servitute usus non videtur nisi is, qui suo iure uti se credidit, ideoque si quis pro via publica, vel pro alterius servitute usus sit, nec interdictum nec actio utiliter competit.

longum tempus eine andere Bedeutung hätte, ist ohne allen Grund. Auch ist nie eine längere Zeit erforderlich und es ist ein Irrthum, eine außerordentliche Ersitzung bei usucapionsunfähigen Sachen anzunehmen. Denn die Usucapionsunfähigkeit bezieht sich nur auf die Eigenthumsersitzung.

Aufhebung der Servituten.

§. 189. 190.

Das Eigenthum kann auf doppelte Weise verloren werden, entweder so daß es an einen Andern kommt, oder so daß es untergeht, indem die Sache überhaupt aufhört, im Eigenthum zu sein. Ebenso ist es bei der Emphyteusis und Superficies. Nicht so bei den Servituten, weil keine Veräußerung, kein Wechsel des Berechtigten stattfindet. Also jeder Verlust ist Untergang der Servitut, Wiedervereinigung des abgetrennten Bestandtheils mit dem Eigenthum.

Dieser Grundsatz hat einige, theils scheinbare, theils wirkliche Modificationen:

1) Wenn Jemandem eine Servitut, namentlich Ususfructus bestellt ist, so daß das Recht unter der Voraussetzung des Verlustes wieder von Neuem gegeben wird an denselben oder an einen Andern, so fällt die Rückkehr an den Proprietar weg; durch den Verlust des Berechtigten tritt ein neuer Berechtigter ein, entweder dieselbe Person oder ein Anderer. Dies ist nur eine scheinbare Modification, weil die alte Servitut untergegangen und eine neue, von jener unabhängige, entstanden ist.

2) Wenn Mehreren eine gleiche Servitut an derselben Sache zusteht, z. B. der Usus oder eine Realservitut, so sind sie solidarisch berechtigt, aber einer beschränkt den Andern in der Ausübung. Diese Beschränkung fällt weg durch den Verlust von Seiten eines der Berechtigten, dem Eigenthümer kommt dies zunächst vielleicht nicht zu Gute. Aber auch dies ist nur eine scheinbare Modification, die verlorene Servitut ist wirklich untergegangen und zurückgekehrt, die fortdauernde ist keine neue, sondern nur eine von einer factischen Beschränkung entbundene.

3) Wenn Mehreren ein Usufructus an derselben Sache bestellt ist, so sind sie pro parte berechtigt (wegen der Theilbarkeit der fructus). Es existirt also hier nicht bloß eine factische

Beschränkung der Ausübung, sondern eine Theilung des Rechts. Ist nun jedem nur sein Theil bestellt worden, z. B. durch Vermächtniß, so kehrt der Theil des Verlierenden an den Proprietar zurück, es tritt also keine Modification ein. Ist aber jedem der Ususfructus an der ganzen Sache bestellt, so tritt allerdings auch eine Theilung des Rechts ein, aber da doch jeder ursprünglich zum Ganzen berechtigt war, so accrescirt der Theil des Verlierenden dem Andern, statt zum Eigenthümer zurückzukehren. Hier also findet sich wirklich eine Modification jenes Princips.

Verlieren kann die Servitut nur der Berechtigte, also bei Realservituten der Eigenthümer des Grundstücks. Für Miteigenthümer endigt die Servitut nur, in sofern für alle der Endigungsgrund eintritt, z. B. Verzicht, oder non usus, wegen der Untheilbarkeit der Servituten.

Die einzelnen Endigungsgründe s. §. 190. des Lehrbuchs. Folgende sind hervorzuheben:

Ein Endigungsgrund der Servitut ist vor allem der Untergang der dienenden Sache. Diese Wirkung hat nicht ein theilweiser Untergang, daher nicht Zerstörung des Gebäudes, da die Servitut nicht an der bloßen Superficies haftet. Bei Personalservituten genügt schon Umgestaltung der Sache, daher Verwandlung des praedium urbanum in eine area, und umgekehrt. Baut der Proprietar, so kann die Restitution des Ususfructus verlangt werden, wenn die Gebäude wieder errichtet werden, ehe noch die Servitut durch non usus untergegangen ist.

Ferner Confusion, Vereinigung des Eigenthums und der Servitut in einer Person. Bei persönlichen Servituten heißt der Rückerwerb durch den Proprietar Consolidation. Wenn der Berechtigte bloß Miteigenthümer wird, so ist die Untheilbarkeit ein Hinderniß des Verlustes. Die Servitut kann nicht entstehn, wenn der Eigenthümer des einen Grundstücks Miteigenthümer des andern ist, aber eben darum geht sie auch nicht unter, wenn der Eigenthümer des einen nachher Miteigenthümer des Andern wird. (Sie würde nur zum Theil aufhören, dies ist aber nicht möglich.)

Ein fernerer Endigungsgrund ist Untergang des Subjects. Bei Personalservituten ist das Subject das Individuum, sie gehen also unter durch den Tod; sind sie zugleich dem Erben

gegeben, so ist dieses eine neue, nur vorausbestellte Servitut. Einen besondern Fall finden wir in L. 14. C. de usufr.[1]): es ist Jemandem die Proprietät legirt, so lange der Erbe den Usus-fructus haben würde. Also ist das legatum inutile. Justinian aber entscheidet: es ist ein utile legatum. Er findet die Schwierigkeit nur darin, daß der Ususfructus auch auf die Erbeserben fortgehen würde. Dies soll nicht geschehen, mit dem Erben endigt der Ususfructus und der Legatar hat plenam proprietatem. Auf die andere Schwierigkeit: daß die Proprietät auf die Bedingung des Ususfructus gestellt ist, läßt er sich nicht ein. Er will also den Fall so behandelt wissen, wie wenn einfach die Proprietät mit Vorbehalt des Ususfructus an den Erben vermacht wäre.

Ist einem Filiusfamilias ein Ususfructus bestellt, so erwirbt er ihn dem Vater (wofern der Ususfructus nicht zu den bona castrensia gehört). Er endigt nicht durch den Tod des Filius, dem er eigentlich bestellt war, aber auch nicht durch den Tod des Vaters, sondern fällt hier an den Filius[2]).

Non usus als Endigungsgrund. Das ältere Recht bestimmte: Usus und Ususfructus gehen durch Nichtausübung von 1 oder 2 Jahren unter, Realservituten durch non usus von 2 Jahren. Bei serv. praed. urb. ist der bloße non usus nicht hinreichend, es muß libertatis usucapio hinzukommen. Justinian hat die Zeit auf 10 und 20 Jahre erhöht, ohne Unterschied von beweglichen und unbeweglichen Sachen. Im übrigen aber hat er das alte Recht festgehalten, welches dann auch in so weit in den Pandekten recipirt ist.

---

1) L. 14. C. de usufr. (3, 33): Antiquitas dubitabat, si quis fundum vel aliam rem cuidam testamento reliquerit, quatenus ususfructus apud heredem maneat, si huiusmodi constat legatum. Et quidem inutile legatum esse existimabant, quia ususfructus nunquam ad suam redit proprietatem, sed semper apud heredem remanet, et forsitan hoc existimabant, quia et secundus heres et deinceps successores unius esse videntur, et non potest huiusmodi ususfructus secundum veterem distinctionem solitis modis extingui. Alii autem huiusmodi legatum non esse respuendum existimaverunt. Tales altercationes decidentes sancimus, et huiusmodi legatum firmum esse, et talem usumfructum una cum herede finiri, et illo moriente vel aliis legitimis modis eum amittente exspirare. Quare enim iste ususfructus sibi tale vindicat privilegium, ut generali interemtione ususfructus ipse solum excipiatur? quod ex nulla induci rationabili sententia manifestissimum est. Et propter hoc et usumfructum finiri, et ad proprietatem suam redire, et utile esse legatum sancientes, huiusmodi paucissimis verbis totam eorum ambiguitatem delevimus.

2) L. 17. C. eod.

So ist die Sache dargestellt in den Institutionen und in einigen Gesetzen vom Jahre 531 [3]). Zweifel hat erregt ein früheres Gesetz von 530 [4]). Dieser Gegensatz erklärt sich so: Justinian hatte damals die Absicht, den non usus als Endigungsart aufzugeben und statt seiner bloß eine Ersitzung der Freiheit mit den Erfordernissen der longi temporis praescriptio festzusetzen, wenigstens bei den Personalservituten. Diesen Plan hat er aufgegeben und zurückgenommen, als er später das longum tempus auf den non usus der Realservituten erstreckte. Nur eines ist von jener ersten Intention zurückgeblieben: der Unterschied zwischen praesentia und absentia.

Es sind zwei Möglichkeiten, diese Vorschrift Justinians zu verstehen: 1) wir verstehen die praesentia und absentia in der gewöhnlichen Art, wo sie eigentlich Besitz voraussetzt. Hier hat sie für den non usus keinen Sinn. Ich bin z. B. im non usus einer Realservitut, hier kann es vernünftigerweise keinen Unterschied machen, ob der Eigenthümer in derselben Provinz domicilirt ist oder nicht. Es wäre also in diesem Fall die Bestimmung eine reine Gedankenlosigkeit, die wir eben darum fallen lassen müssen.

2) Abwesenheit wird in dem gewöhnlichen Sinne verstanden und die Bedeutung ist die, wenn die Abwesenheit des Berechtigten Schuld am non usus ist, so soll ihm erst die doppelte Zeit angerechnet werden (statt daß er sonst in integrum restitutio wegen Abwesenheit hätte).

Zwei Punkte sind noch näher zu bestimmen: der Begriff des non usus und der libertatis usucapio.

Der Verlust durch non usus ist Verlust durch Handlung (Unterlassung), daher kann ein Pupill nicht durch non usus verlieren, weil er nicht fähig für solche Handlungen ist. Zu dem non usus selbst aber ist nach den verschiedenen Arten der Servituten Folgendes erforderlich:

1) beim Usus und Usufructus: Nichtinnehaben der Sache. Beim Usufructus ist überdies noch ein theilweiser Verlust möglich, so namentlich kann durch non usus der Usufructus auf einen bloßen Usus reducirt werden. Ferner hat der Usufructuar

3) §. 3. I. de usufr. (2, 4.) L. 13. C. de serv. (3, 34.)
4) L. 16. §. 1. C. de usufr. (3, 33.)

einem Andern die Ausübung seines Usufructus überlassen und dieser Andere hat keinen Gebrauch davon gemacht, so muß so unterschieden werden: Hat der Usufructuar die Ausübung dem Andern gegen einen Kauf- oder Miethpreis überlassen, so ist dies selbst schon eine Ausübung des Usufructus; hat er dagegen die Ausübung unentgeltlich überlassen, so übt er nur durch diesen Repräsentanten aus, der non usus des Repräsentanten ist also non usus des Berechtigten. Endlich ein ususfructus alternis annis datus kann niemals durch non usus erlöschen, weil es mehrere Rechte sind, von denen jedes von dem andern unabhängig ist.

2) Bei Realservituten, die zu einzelnen Handlungen berechtigten, besteht der non usus in der Nichtvornahme dieser Handlungen und zwar müssen die Handlungen weder von dem Eigenthümer des praedium dominans, noch von einem Andern für ihn vorgenommen sein. Dagegen kommt es nicht auf den non usus des jetzigen Eigenthümers an. Der non usus setzt ferner voraus, daß die Ausübung vermöge der Beschaffenheit der Servitut möglich war, also wenn sie nur unter gewissen Bedingungen geschehen durfte, daß diese eingetreten waren. Darf die Ausübung nur nach gewissen Intervallen wiederkehren, z. B. einen Monat, ein Jahr um das andere, so ist die Zeit des non usus stets 20 Jahre. Abhaltungen durch ein in der Sache gegründetes physisches Hinderniß, z. B. Ueberschwemmung des Grundstücks, Zerstörung des dienenden Gebäudes, berechtigen zur Restitution gegen die Anrechnung dieses Zeitraums. — Die Ausnahme des iter ad sepulcrum versteht sich so. Eigentlich ist das iter ad sepulcrum keine Servitut, denn das sepulcrum ist res religiosa, steht nicht im Eigenthum, kann also keine Servitut haben; wenn es nun doch in manchen Punkten so behandelt wird, so geschieht dies nicht zu seinem Nachtheil; am wenigsten konnte die Endigungsart des non usus darauf angewendet werden, weil die Veranlassung zur Ausübung sehr unsicher ist.

3) Bei Realservituten, die in einer Anstalt bestehen, z. B. der servitus tigni, oneris, protegendi etc. findet der non usus nur Statt bei gänzlicher Entfernung der Anstalt. Dazu wird dann gewöhnlich eine Thätigkeit des dienenden Eigenthümers gehören, z. B. Vermaurung des Lochs bei der servitus tigni etc

4) Bei negativen Realservituten gehört zum non usus Vornahme der zu untersagenden Handlung, und Bestehen dieses Zustandes ohne Hinderung des Berechtigten. Hier also setzt der non usus immer eine Thätigkeit des Eigenthümers des dienenden Grundstücks voraus.

In gewissen Fällen ist dieser non usus nicht hinreichend, sondern es muß noch eine libertatis usucapio hinzukommen. Worin besteht diese? Nach Savigny einfach in der Thätigkeit des Eigenthümers, welche den non usus herstellt (s. unter 3 und 4). Dies ist nicht richtig, die libertatis usucapio besteht in dem Besitz des dienenden Grundstücks als eines freien, ohne diesen Besitz hat der non usus des Berechtigten keine Wirkung. Wo ist nun die libertatis usucapio erforderlich? Entschieden bei der serv. praed. urb.[5]). Der Grund ist: die serv. praed. urb. stehen in einem so nahen äußern Verhältniß zum herrschenden Grundstück, daß sie in dem juristischen Besitz des herrschenden Grundstücks ausgeübt werden. Darum schien es gerecht, auch für ihre Aufhebung durch non usus einen Besitz des dienenden Grundstücks als eines freien zu fordern.

Man hat diese libertatis usucapio häufig viel weiter ausgedehnt. Viele Juristen haben das Erforderniß derselben noch außerdem angenommen bei den persönlichen Servituten. Diese Meinung ist nur durch das Gesetz Justinian's entstanden, welches den non usus aufhob und statt dessen die longi temporis praescriptio substituirte, aber nachher in Beziehung auf diesen Inhalt wieder zurückgenommen worden ist.

Zachariä endlich, in der oben angeführten Schrift, hat die Nothwendigkeit der libertatis usucapio sogar bei allen Servituten mit Ausnahme der drei Wegservituten, des aquae ductus und des aquae haustus behauptet. Sein Grund ist der, daß in unsern Quellen zufällig der bloße non usus als Endigungsart nur bei jenen fünf Servituten bezeugt wird, was um so weniger etwas beweisen kann, weil gerade auch diese Servituten am häufigsten erwähnt werden, wo kein Gedanke an Ausschließlichkeit ist. Da-

---

5) L. 6. D. de S. P. U. (8, 2). L. 32. §. 1. eod. L. 18. §. 2. D. quemadm. serv. (8, 6.)

gegen streitet entschieden gegen diese Ansicht L. 6. D. de S. P. U.[6]). Zachariä will diese Stelle dadurch beseitigen, daß er behauptet, Gajus habe nur jene vier Servituten als servitutes praediorum rusticorum gekannt. Dies ist an sich schwer zu glauben, wäre es aber auch der Fall, so würde gerade das Gegentheil daraus folgen, was Zachariä übersehen hat. Gajus würde sagen: bei allen servitutes praediorum rusticorum ist der non usus hinreichend. Daß er irrthümlich nur vier solcher Servituten angenommen hätte, wäre für den Rechtssatz selbst, den die Stelle ausspricht, indifferent.

Schutz der Servituten.

§. 191.

Die Klage aus dem Servitutenrecht heißt vindicatio servitutis, petitio iuris (ersterer Ausdruck besonders für Realservituten, der zweite für Personalservituten), oder (im Gegensatz zur Negatoria des Eigenthümers) confessoria in rem actio. Der letzte Name ist bei uns der gewöhnliche, auch wo die Klage nicht in jenem Gegensatz betrachtet wird.

Kläger aus der Confessoria ist der Servitutberechtigte, bei Realservituten also der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks. Doch wird die Klage als utilis actio auch noch manchen andern gegeben, so dem Pfandgläubiger, Emphyteuta, Superficiar, Usufructuar. Der letztere hat die Confessoria auch aus seinem eigenen Recht, dem Usufructus, er hat nicht bloß die vindicatio servitutis (der Realservitut), sondern auch die petitio usufructus, denn sein Usufructus erstreckt sich ja auch auf diesen Gebrauch des Grundstücks. Auch dem bonae fidei possessor ist die Klage

6) L. 6. D. de S. P. U. (8, 2): Haec autem iura similiter, ut rusticorum quoque praediorum, certo tempore non utendo pereunt, nisi quod haec dissimilitudo est, quod non omnimodo pereunt non utendo, sed ita si vicinus simul libertatem usucapiat. Veluti si aedes tuae aedibus meis serviant, ne altius tollantur, ne luminibus mearum aedium officiatur, et ego per statutum tempus fenestras meas perfixas habuero vel obstruxero, ita demum ius meum amitto, si tu per hoc tempus aedes tuas altius sublatas habueris, alioquin si nihil novi feceris, retineo servitutem. Item si tigni immissi aedes tuae servitutem debent, et ego exemero tignum, ita demum amitto ius meum, si tu foramen, unde exemtum est tignum, obturaveris, et per constitutum tempus ita habueris; alioquin si nihil novi feceris, integrum ius suum permanet.

eingeräumt worden, d. h. es genügt der Beweis des Usucapionsbesitzes am herrschenden Grundstück, dagegen ist es unrichtig, den Beweis des bloßen Besitzes für hinreichend zu halten, oder nur eine Bescheinigung des Eigenthums zu fordern, weil dasselbe eine bloße Sachlegitimation sei. Diese Annahme ist falsch; das Eigenthum ist nicht eine bloße legitimatio ad causam, sondern vielmehr selbst ein Theil des Klagegrundes.

Die Veranlassung der Klage ist totale oder partielle Verletzung der Servitut, Entziehung oder Störung der Ausübung. Beklagter ist nicht blos der Eigenthümer der dienenden Sache. Auf den Besitz kommt nichts an, der Kläger kann im Besitz des Rechts sein und dennoch klagen, der possessor iuris kann auch petitor iuris sein (ganz anders beim Eigenthum). Natürlich aber wird der iuris possessor zweckmäßiger das interdictum retinendae possessionis gebrauchen, wodurch er 1) den Vortheil der Ausübung während des Processes erhält, 2) den Gegner zwingt, mit der Negatoria aufzutreten, wobei ihm der Beweis des Eigenthums zugemuthet werden kann. — Indessen ist dieser letztere Vortheil von dem possessorischen Rechtsmittel unabhängig, auch wenn der Servitutsberechtigte petitorisch klagt, ist die Beweisfrage so zu beurtheilen.

Noch ein besonderer Fall ist hier zu bemerken: wenn jemand aus einer negativen Servitut klagt, ehe der Beklagte noch wirklich die Handlung vorgenommen hat, so kann dieser die Einlassung verweigern. Will er aber nachher höher bauen, so muß er mit der Klage auftreten und zwar als Kläger aus einer, jener entgegenstehenden, positiven Servitut, nicht mit der bloßen Negatoria, d. h. er muß das Recht, die Handlung auszuüben, als ein besonders erworbenes beweisen [1]).

Ueber den Gegenstand der Klage s. das Lehrbuch. Von mehreren Miteigenthümern des praedium dominans klagt jeder in solidum, nämlich auf sein Interesse. Ebenso geht auch gegen mehrere Miteigenthümer des praedium serviens die Klage in solidum.

Das Petitum ist so zu fassen: daß Klägern die Servitut zuständig, Beklagter daher aller Störungen bei 2c. Thlr. Strafe sich zu enthalten, auch deshalb Caution zu bestellen schuldig, (die

---

1) Siehe §. 184. Note t. des Lehrbuchs.

Sache herauszugeben ꝛc.) auch alle verursachten Schäden und Kosten zu erstatten verbunden.

§. 192.

Der Kläger mit der Confessoria muß die Existenz des Servitutenrechts beweisen, also die Entstehung der Servitut mit allen Erfordernissen. Beruft er sich daher auf die Bestellung der Servitut, so muß er nicht bloß den Act der Bestellung, sondern auch das Recht des Bestellers beweisen, wenn er nicht etwa Ersitzung für sich anführen kann.

Das prätorische Recht giebt dem Servitutberechtigten eine Klage, bei welcher der Beweis sehr erleichtert ist, nämlich die Publiciana im Fall der Tradition. Der Beweis des Klägers richtet sich hier blos auf die Quasitradition mit der iusta causa d. h. dem Willen, die Servitut zu bestellen.

Der Gegenstand dieser Klage ist wie bei der Confessoria. Das Petitum wird so gefaßt: daß Klägern die Servitut rechtmäßig eingeräumt, daher — oder nach Art der Publiciana beim Eigenthum: daß Klägern das Recht zu ꝛc. iure servitutis vel quasi zuständig.

Die Publiciana hat aber insofern eine geringere Wirkung, als der Richter nicht über das Servitutrecht entscheidet und der Beklagte, wenn er verliert, noch immer die Negatoria anstellen kann, ohne daß ihm die exceptio rei iudicatae entgegensteht.

Fünftes Kapitel.

Das Pfandrecht.

Begriff und Arten der Verpfändung.

§. 193.

Eine Sache kann von Seiten ihres Verkaufswerthes, von Seiten der Eigenschaft, daß sie verkauft und ein Preis dafür erhalten werden kann, dem Recht unterworfen sein. Der Inhalt dieses Rechts wird also das Recht, eine Sache zu verkaufen, sein, welches natürlich nicht für sich bestehen kann, sondern sich auf ein

anderes Recht beziehen muß. Es ist ein Sicherungsmittel einer Forderung, daß dem Gläubiger eine Sache angewiesen wird, durch deren Verkauf er sich nöthigenfalls befriedigen kann, es wird demselben also der Werth, welchen er erhalten soll, in einer Sache angewiesen. Das Geschäft, wodurch dies geschieht, heißt Verpfändung, obligatio rei, das Recht, welches dadurch entsteht, Pfandrecht, pignus (im weitern Sinn).

Beim Pfandrecht ist Inhalt und Form in's Auge zu fassen. Sein Inhalt ist das Recht des Verkaufs, um hier nur den wesentlichen Inhalt zu nennen; die Form hat die Bestimmung, den Gläubiger zu dem Verkauf in Stand zu setzen und ihm die Ausübung seines Rechts zu sichern.

Seiner Form nach kann das Pfandrecht, wenn sein Gegenstand eine Sache ist, dreifacher Art sein:

1) Eigenthum. Der Gläubiger wird Eigenthümer, die Verpfändung geschah durch Mancipatio oder In Jure Cessio der Sache mit der Verabredung der Remancipation im Fall der Befriedigung des Gläubigers. Diese Verabredung heißt fiducia, darum auch so die ganze Verpfändung. Der Schuldner konnte hier als Precarist in Besitz bleiben.

2) Besitz. Dies war der Fall, wenn die Verpfändung durch bloße Tradition, durch den contractus pigneraticius geschah. Der Gläubiger wird Besitzer, aber auch hier ist precärer Besitz des Schuldners möglich. Ferner gehört dahin das Pfandrecht an den Gütern, in deren Besitz der Gläubiger zur Sicherung eines Anspruchs von dem Prätor eingewiesen wird.

3) Ius in re. Diese Form entstand dadurch, daß der Prätor festsetzte, schon die bloße Uebereinkunft, ohne Uebergang des Eigenthums oder Besitzes, solle dem Gläubiger das Recht des Verkaufs gewähren, mit der Befugniß einer Vindication der Sache zu diesem Behuf von jedem Besitzer. Zuerst wurde diese Art eingeführt bei der Verpfändung der invecta und illata eines Pächters, sie hieß hier actio serviana, dann für alle andere Fälle als actio quasi serviana. Die Verpfändung, welche durch bloßen Vertrag geschieht, heißt hypothecarische Verpfändung, das Pfandrecht hypotheca. Ein solches Pfandrecht wird in manchen Fällen stillschweigend angenommen ohne Vertrag (gesetzliche Hypothek), auch durch eine richterliche Verfügung kann es entstehen. Durch diese Hypothek wurde dann auch jene Verpfändung durch Besitz-

übertragung wirksamer gemacht und mit jener Vindication versehen. Auch die Gegenstände der Verpfändung wurden durch die Hypothek sehr vermehrt. Jene andern Verpfändungsarten setzen nämlich Gegenstände des Eigenthums und des Besitzes voraus, durch Hypothek dagegen kann alles verpfändet werden, was verkäuflich ist.

Im justinianischen Recht ist die Fiducia verschwunden und es sind nur zwei Arten des Pfandrechts geblieben. 1) Pfandrecht mit Besitz, pignus; der Besitz kann juristischer oder natürlicher sein, das letztere ist der Fall bei dem pignus praetorium, welches durch missio in possessionem entsteht, das erste regelmäßig bei dem contractus pigneraticius, dem Faustpfand. 2) Pfandrecht ohne Besitz, Hypothek. Zwischen pignus und hypotheca ist kein Unterschied in Beziehung auf ihre Eigenschaft als Pfandrecht; was sie unterscheidet, berührt nicht das Pfandrecht selbst unmittelbar, sondern der Unterschied besteht in einem Accessorium, dem Hinzukommen des Besitzes. Beide können ferner gleichmäßig an beweglichen und unbeweglichen Sachen stattfinden, doch ist pignus blos möglich bei Sachen, Hypothek auch bei Rechten.

So ist es auch im heutigen Recht. Die weitere Ausbildung des Pfandrechts bezieht sich auf die materielle Sicherung des Gläubigers durch die Hypothekenbücher und ähnliche Einrichtungen. Dadurch ist aber an sich und abgesehen von weiteren particulären Aenderungen, die mit dem Institut nicht wesentlich zusammenhängen, nur die Entstehung des Pfandrechts an manchen Sachen und seine Wirkung, soweit sie damit zusammenhängt, modificirt; s. unten.

In der neuesten Zeit hat man von verschiedenen Seiten her die Eigenschaft des Pfandrechts als dingliches Recht in Frage gestellt[1]).

Die Frage kann nur für den (Haupt- und Normal-) Fall entstehen, daß der Gegenstand des Pfandrechts eine Sache ist; natürlich nicht wenn Rechte Gegenstand desselben sind, in welchem Fall der Gläubiger entweder das verpfändete Recht selbst, oder die Ausübung desselben erhält Bei Sachen dagegen hing das durch Verpfändung entstehende Recht früher von der Art der Verpfändung ab, indem das Verhältniß des Gläubigers zur

1) Vgl. die literarischen Nachweisungen in Note d. des Lehrbuchs.

Sache bloße Detention, juristischer Besitz, Eigenthum, ius in re sein konnte. Das Letztere gilt im justinianischen Recht für alle Fälle der Verpfändung einer Sache.

Der Zweifel an der Bestimmung des Pfandrechts als ius in re überall wo sein Gegenstand eine Sache ist, hat bis jetzt keine praktische Wirkung gehabt und man könnte sonach die Frage selbst für unbedeutend halten. Aber jeder Irrthum ist ein gefährlicher Gast, man sieht ihm oft nicht an, wohin er führen, wie weit er sich ausdehnen, und die rechtmäßigen Bewohner des Hauses verdrängen mag.

Die Gründe, welche man für die abweichenden Ansichten vorgebracht hat, sind theils negative (gegen die Eigenschaft eines ius in re), theils positive (für die Eigenschaft einer Forderung).

Betrachten wir zuerst die negativen. Sehr naiv sagt ein Jurist, um seine Ansicht zu beweisen, es gebe gar keine dinglichen Rechte; dann wäre freilich auch das Pfandrecht keines. Diese Behauptung klingt um so naiver in dem Mund des Juristen, der das Pfandrecht als dingliches Forderungsrecht bestimmt, denn wenn es keine dinglichen Rechte giebt, so giebt es ganz gewiß auch keine dinglichen Forderungsrechte. (Es wäre, wie wenn jemand die Behauptung, ein gewisses Kleidungsstück seien Halbstiefel, mit der Behauptung bestärken wollte, es gebe gar keine Stiefel.)

Andere haben gesagt: ius in re sei ein abgesonderter Bestandtheil des Eigenthums, dies könne man vom Pfandrecht nicht sagen. Aber das Pfandrecht hat zum Inhalt das Verkaufsrecht (daß der Eigenthümer es nicht zu diesem Zweck ausübt, ist indifferent) und dieses eben ist wirklich ein abgesondertes Element des Eigenthums. Die Richtigkeit dieser Behauptung wird dadurch bestätigt, daß das ältere Recht den Gläubiger, um ihm dieses Recht zu verschaffen, zum Eigenthümer machte. Man hat noch eingewendet[2]), wenn das Verkaufsrecht auch ein Bestandtheil des Eigenthums sei, so werde ja dieser Bestandtheil nicht abgetrennt, auch der Eigenthümer habe es noch. Dieser Einwand beruht blos auf einem Mißverständniß der Abtrennung. Nach dieser Ansicht würde es auch keine Realservituten geben als iura

2) v. Vangerow.

in re. Der Eigenthümer geht ꝛc. salvo iure itineris etc., der Eigenthümer verkauft salvo iure pignoris.

Die positiven Gründe, welche man für jene Ansicht aufgestellt hat, sind folgende:

Man hat als Grund dafür, daß das Pfandrecht eine Forderung sei, angeführt, in unsern Quellen werde die Verpfändung obligatio rei genannt. Dieses Argument aus dem Wort, ohne zu fragen, ob das Wort nicht eben eine allgemeine Bedeutung hat, ist nur der untersten Stufe der wissenschaftlichen Behandlung würdig. — Ferner hat man jene Ansicht dadurch begründen wollen, daß das Pfandrecht nach älterem Recht nicht durch freie Repräsentanten erworben werden könne; daraus, daß dies gerade so bei der Obligatio ist, hat man schließen wollen, auch das Pfandrecht sei eine Obligatio. Jene Ausnahme ist aber gar nichts besonderes, da ja der Erwerb durch freie Repräsentanten überall die Ausnahme war. — Man hat ferner angeführt, das Pfandrecht entstehe durch Vertrag (mit diesem Argument könnte man auch beweisen, daß das Pfandrecht eine Ehe ist); — es gebe keinen Besitz des Pfandrechts ꝛc.

Mit diesen Argumenten will man uns den absurden Satz aufnöthigen: die Sache sei die Schuldnerin, also jede verpfändbare Sache eine Person, oder den unrömischen Begriff einer dinglichen Forderung! — Es giebt keinen einzigen entschieden gültigen Rechtssatz, der unverträglich wäre mit der Eigenschaft des Pfandrechts als ius in re, und dasselbe wird auch deutlich in unsern Quellen als ius in re bezeichnet[3]). Unter diesen Umständen ist es Leichtsinn, andere Auffassungen zu suchen. Wenn es einmal nichts Anderes mehr zu untersuchen gäbe, könnte man eine solche Spielerei entschuldigen.

Voraussetzungen des Pfandrechts.

Forderung.

§. 194.

Das Pfandrecht setzt eine Forderung voraus, zu der es sich als Accession verhält. Ist daher die Forderung eine

3) Vgl. L. 19 pr. D. de damno inf. (39, 2): Eorum, qui bona fide absunt, in stipulatione damni infecti ius non corrumpitur, si reversis cavendi ex bono et aequo potestas datur, sive domini sint, sive aliquid in ea re ius habeant, qualis est creditor et fructuarius et superficiarius.

bedingte, so hängt das Pfandrecht von derselben Bedingung ab.

Die Forderung kann eine klaglose (ein naturalis obligatio) sein, dies beeinträchtigt nicht die Wirksamkeit des Pfandrechts, möge die Klaglosigkeit von Anfang bestanden haben oder nachher eingetreten sein[1]).

Auf einem besonderen Grunde beruht die Entscheidung der L. 2. D. quae res pign.[2]) Ein Filiusfamilias hat ein Darlehn contra S. C. macedonianum aufgenommen, ein Dritter hat für ihn seine Sache verpfändet; dieser Dritte nun ist gegen die actio hypothecaria mit der exceptio S. C. macedoniani geschützt (wie als Bürge). Die Entscheidung beruht nicht darauf, daß jenes eine naturalis obligatio ist, sondern darauf, daß der Verpfänder außerdem seinen Regreß gegen den Filiusfamilias nehmen würde. Daher stellt sich die Sache ganz anders, wenn der Regreß wegfällt.

Diese Stelle hat man daher mit Unrecht für die Meinung angeführt, die Klaglosigkeit der Forderung verringere auch die Wirksamkeit des Pfandrechts; vielmehr ist das Gegentheil darin enthalten.

Die Forderung muß die des Pfandgläubigers sein (man erwirbt ein Pfandrecht nur für seine Forderung), dagegen kann man seine Sache verpfänden für eine fremde Schuld. Verpfänder und Schuldner sind gewöhnlich, aber nicht wesentlich, dieselbe Person.

Gegenstand.

§. 195.

Das Pfandrecht existirt nicht ohne einen Gegenstand, welcher fähig ist, verpfändet zu werden. Durch die hypothekarische Verpfändung ist der Kreis der Pfandobjecte sehr erweitert worden. In Folge dessen gilt der Grundsatz: daß alles Verkäufliche auch

---

1) Vgl. Note d des Lehrbuchs.

2) L. 2. D. quae res pign. (20,3): Si alius pro muliere, quae intercessit, dederit hypothecam, aut pro filiofamilias, cui contra senatusconsultum creditum est, an his succurritur, quaeritur. Et in eo quidem qui pro muliere obligavit rem suam, facilius dicetur, succurri ei, sicuti fideiussori huius mulieris eadem datur exceptio. Sed et in eo, qui pro filiofamilias rem suam obligavit, eadem dicenda erunt, quae tractantur et in fideiussore eius.

verpfändbar ist, selbst wenn der Gläubiger es nicht selbst kaufen könnte.

Von den Sachen können nicht blos einzelne, sondern auch universitates rerum Gegenstand des Pfandrechts sein. Neben den Theilen ist hier auch die universitas Gegenstand desselben; daher nicht blos die Sachen, aus denen sie zur Zeit der Verpfändung besteht, sondern auch die, welche nachher hinzukommen, dem Pfandrechte unterworfen sind. Auch können künftige Sachen für sich, res futurae (künftig entstehende, nicht blos künftig zu erwerbende) verpfändet werden. Sofern die erzeugende Sache in bonis des Verpfänders ist, d. h. hier: sofern er ein Recht an ihr hat, vermöge dessen er diese Erzeugnisse erwirbt, besteht ein Pfandrecht schon an der Hoffnung. Denn auch diese ist etwas Verkäufliches und das Pfandrecht, welches bisher an der Hoffnung bestand, geht bei der Entstehung in ein Pfandrecht an der Sache über.

Von den **Rechten** können vor Allem die veräußerlichen Rechte, Emphyteusis und Superficies, ohne Weiteres verpfändet werden, entweder durch den Berechtigten (Emphyteuta oder Superficiar), oder durch den Eigenthümer, welcher ein Pfandrecht an den Gläubiger zum Behuf des Verkaufs derselben bestellt.

Ferner sind Forderungen verpfändbar (nomen pignori datum), dies ist nur eine Cession der Forderung (s. unten). Bei Uebergabe der Schuldurkunde wird zugleich ein Faustpfand an der **Urkunde** bestellt (natürlich nicht an der Forderung). Sodann kann das Pfandrecht selbst verpfändet werden (subpignus, Afterpfand).

Endlich bei Servituten läßt sich die Verpfändung so denken, daß der Gläubiger das Recht erhält, die Servitut zu verkaufen, die dann allererst bestellt wird. Im Grunde ist aber hier die Sache Gegenstand des Pfandrechtes, mit Reduktion des Verkaufsrechtes auf jenen Punkt. Eine eigentliche Verpfändung der Servitut ist nicht möglich, weil sie weder dem Recht, noch der Ausübung nach veräußerlich ist. Eine Modification dieses Grundsatzes tritt ein:

1) beim Ususfructus, welcher a) von Seiten des Usufructuars, b) von Seiten des Eigenthümers (durch Bestellung an den Gläubiger) verpfändet werden kann.

2) Vermöge singulärer Vorschrift bei den servitutes praediorum rusticorum. Diese können an den Gläubiger, wenn er ein

vicinum praedium hat, mit dem Recht, sie an einen andern vicinus zu verkaufen, bestellt werden. (Wahrscheinlich schreibt sich dies her von der fiducia, mancipatio, da jene Servituten res mancipi waren.)

Diese Gegenstände können nicht blos speciell, sondern auch generell verpfändet werden. Darauf bezieht sich die Eintheilung in obligatio specialis — generalis, specielle und generelle Verpfändung. Specielle ist ein Gegenstand verpfändet, wenn er bei der Verpfändung speciell bezeichnet ist, generell, insofern er unter eine Gattungs- oder Collectivbezeichnung fällt, z. B. invecta et illata, das ganze Vermögen, d. h. alle Gegenstände, die darunter fallen (nicht das Vermögen als Ganzes). Die Verpfändung einer universitas rerum ist speciell und generell zugleich.

Diese Eintheilung hat zu einer andern Veranlassung gegeben, welche man damit verwechselt hat, nämlich zu der Eintheilung des Pfandrechtes in generelles und specielles. Man hat viel über die Bestimmung dieser Begriffe gestritten. Manche haben nur das Pfandrecht an einem Vermögen, Andere jedes, das nicht auf einen einzelnen Gegenstand sich beschränkt, ein generelles genannt. Die Eintheilung ist in der That sinnlos, da die Prädicate speciell und generell keine Prädicate des Pfandrechts sein können (so wenig, wie es generelles Eigenthum ist, wenn Jemand mehrere Sachen zu Eigenthum erwirbt).

Entstehung des Pfandrechts.

§. 196.

Das Pfandrecht ist eine Accession der Forderung, und seine Existenz ist wesentlich mit derselben verknüpft. Dies zeigt sich auch darin, daß es nicht von der Forderung abgetrennt und auf eine andere, sei es desselben oder eines anderen Gläubigers, übertragen werden darf. Nur so weit ein Uebergang der Forderung stattfindet, geht auch das Pfandrecht mit ihr über, also auf den Universalsuccessor, ferner auf den Cessionar. Hier findet aber kein Wechsel des Subjects statt, denn das Subject des Pfandrechts ist immer der, welcher die Forderung geltend zu machen hat. Erwerb des Pfandrechts ist also, abgesehen von dem Eintritte in eine Forderung, stets Entstehung desselben überhaupt, nicht Succession in ein bestehendes Pfandrecht (die scheinbaren

Fälle eines solchen Eintrittes sind nur Fälle des Eintrittes in die Forderung).

Die Entstehung des Pfandrechtes reducirt sich auf drei Hauptarten:

1) Bestellung von Seiten desjenigen, dem der Gegenstand gehört, Entstehung durch Privatwillen: Testament oder Vertrag.

2) Bestellung durch den Richter, unabhängig von dem Willen des Schuldners, sogar möglicherweise gegen dessen Willen.

3) Stillschweigende Entstehung des Pfandrechts durch einen Rechtssatz, der mit einer Forderung ein Pfandrecht an einem gewissen Gegenstande verbindet, unabhängig von einem Bestellungsact, — pignus tacite contrahitur (in diesem Sinne, also unterschieden von stillschweigender Bestellung), pignus tacitum, legale. Nur Hypotheken sind auf diese Weise möglich: pignus setzt eine Bestellung und einen Act voraus, wodurch der Besitz übertragen wird.

Die beiden letzten Arten des Pfandrechts pflegt man unter dem Ausdruck pignus necessarium zusammen zu fassen, während man die erste pignus voluntarium nennt.

Die römischen Grundsätze über die Entstehung des Pfandrechts sind in Deutschland häufig modificirt, vornämlich in Beziehung auf unbewegliche Sachen, Modificationen, welche auf die factische Sicherheit des Pfandrechts berechnet sind. Die Sicherung des Gläubigers beruht darauf: 1) daß der Verpfänder Eigenthümer und mithin zur Verpfändung berechtigt ist; 2) daß der Verkaufswerth der Sache die Forderung deckt, wobei unter Andern die Kenntniß von Lasten, die darauf influiren, dem Gläubiger von Interesse ist; 3) daß nicht vorzüglichere Pfandrechte an der Sache bestehen von dem Betrag, daß der Verkaufswerth für den jetzigen Gläubiger nicht hinreicht. Eine Mehrheit von Verpfändung war nicht möglich bei der fiducia, denn es konnte nur Einer Eigenthümer der Sache werden, auch nicht bei dem Faustpfand, soweit es vom Besitz abhängig ist. Durch die Hypothek ist diese für den Gläubiger unsichtbare Mehrheit möglich geworden. Diese Möglichkeit ist der Nachtheil, den die hypothecarische Verpfändung mit sich geführt hat. Sie hat auf der einen Seite die Creditmittel erweitert, durch Erweiterung des Kreises der Objecte, auf der andern Seite aber die Sicherheit des Instituts beeinträchtigt. Das römische Recht hat gegen diese Gefahr keine

hinreichende Garantie aufgestellt. Es hat gewisse Pfandgläubiger privilegirt, aber auch dies gereicht auf der andern Seite zum Nachtheile des Instituts, insofern der vorsichtigste Gläubiger nicht sicher ist, ob nicht nach ihm ein privilegirter ein Pfandrecht erwerben wird. Auch durch die gesetzlichen Hypotheken wird die Möglichkeit, die schon existirenden Hypotheken kennen zu lernen, sehr erschwert. Die Vorschrift des römischen Rechts, daß der Verpfänder die ihm bekannten Pfandrechte dem Gläubiger anzeigen soll, widrigenfalls er als Betrüger behandelt wird, giebt einmal ohnedieß keine reelle Sicherung, und sodann kann der Schuldner selbst in Unkenntniß der bestehenden Hypotheken sein, die z. B. von seinem Vorgänger im Eigenthum bestellt sein können, oder stillschweigende sind.

Um die factische Sicherheit zu vermehren, und die Nachtheile der hypothecarischen Verpfändung zu mindern, hat man partikularrechtlich mehrere Mittel versucht. So eine leichter erkennbare Form der Verpfändung unter Mitwirkung des Richters, bei Immobilien. Ferner hat man sich außerdem durch Aufhebung der gesetzlichen Hypothek zu helfen gesucht. Endlich durch das Institut der Hypothekenbücher, wodurch der Zweck am vollständigsten erreicht wird, freilich nicht ohne bedeutende Opfer. Dies Institut beruht auf dem Princip der Publicität und Specialität der Hypotheken an unbeweglichen Sachen. Hierbei gelten vier Grundsätze:

1) Derjenige ist berechtigt zur Verpfändung (seine Handlungsfähigkeit natürlich vorausgesetzt), welchen das Hypothekenbuch als Eigenthümer nennt.

2) Nur diejenigen Hypotheken gelten, welche im Hypothekenbuche verzeichnet sind. Dasselbe gilt von andern Lasten, welche auf den Werth der Sache Einfluß haben. Durch diesen Grundsatz sind die gesetzlichen Hypotheken beseitigt, die im spätern römischen Recht ungemessen vermehrt worden waren, ferner die Privilegien, indem schlechthin das Alter der Eintragung entscheidet.

3) Die Forderung muß möglichst auf eine bestimmte Summe gesetzt sein.

4) Die Hypothek muß immer einen bestimmten Gegenstand haben. Dadurch ist die generelle Verpfändung beseitigt, welche durch Unmaß im römischen Recht zu einem Uebel geworden war.

Die beiden ersten Grundsätze entsprechen dem Princip der Publicität, die beiden letzten dem der Specialität.

Die Entstehungsgründe des Pfandrechts nach gemeinem Recht können also neben diesem Institute nur einen Anspruch auf Eintragung geben, kein Pfandrecht.

Bestellung durch Privatdisposition.

§. 197.

Das Pfandrecht kann bestellt werden durch Vertrag und letztwillige Disposition. Von dem zweiten Fall wird im Erbrechte die Rede sein. Für die Bestellung durch Vertrag ist gemeinrechtlich keine Form vorgeschrieben (daher ist sie auch stillschweigend denkbar). Durch das Pactum entsteht aber nur die Hypothek, das Faustpfand fordert den contractus pigneraticius (S. §. 320.).

Die Bestellung des Pfandrechts hat zwei Voraussetzungen: 1) Berechtigung des Bestellers, 2) Dispositionsbefugniß. Nur die erste Voraussetzung bedarf hier noch einer nähern Erörterung.

Die Verpfändung einer fremden Sache giebt kein Pfandrecht. Ein Miteigenthümer kann nur seinen Theil verpfänden. Weist der Pfandgläubiger indeß nur den Usucapionsbesitz seines Verpfänders nach, so wird er in derselben Art geschützt, wie dieser mit der Publiciana und dasselbe gilt, wenn ein solcher Pfandgläubiger die Sache verkauft, von dem Käufer.

Sind res futurae verpfändet, so setzt die Entstehung das Pfandrecht an ihnen voraus, nicht bloß daß sie entstehen, sondern auch daß sie mit ihrer Entstehung in das Eigenthum des Verpfänders kommen. Sind daher Früchte verpfändet, und ein Anderer ist bonae fidei possessor des Grundstücks, so entsteht das Pfandrecht nicht (wegen des Fruchterwerbes dieses letztern). Ist zugleich das Grundstück verpfändet, so kann die actio hypothecaria auf dieses zugleich auf die Früchte gehen (wie die rei vindicatio); aber auch dies wird ausgeschlossen dadurch, daß der bonae fidei possessor die Früchte bona fide consumirt hat[1]).

1) L. 1. §. 2. D. de pign. (20, 1): Cum praedium pignori daretur, nominatim ut fructus quoque pignori essent, convenit. Eos consumtos bona fide emtor utili serviana restituere non cogetur. Pignoris etenim causam nec usucapione perimi placuit, quoniam quaestio pignoris ab intentione dominii separatur, quod in fructibus dissimile est, qui nunquam debitoris fuerunt.

Der Verpfänder muß die Sache in bonis haben zur Zeit der Verpfändung. Dieser Grundsatz erleidet gewisse Modificationen: 1) Er gilt nur von der speciellen Verpfändung, nicht von der generellen. 2) Auch die specielle Verpfändung einer fremden Sache ist möglich unter der Bedingung des Erwerbs. 3) Wenn die Sache zur Zeit der Verpfändung dem Verpfänder schon geschuldet war, so ist das Pfandrecht in jedem Fall wirksam. Zunächst ist nämlich die Forderung verpfändet und dieses Pfandrecht geht mit dem Erwerb in ein Pfandrecht an der Sache über.

Der Mangel des Eigenthums bei dem Verpfänder wird gehoben durch Zustimmung des Eigenthümers und stillschweigend ist diese Zustimmung anzunehmen, wenn er die Verpfändung wissentlich an den unwissenden Gläubiger geschehen ließ, indem er sich sonst eines Dolus theilhaftig machen würde. Dieselbe Wirkung hat die nachfolgende Genehmigung.

Eine Convalescenz kann auch dadurch erfolgen, daß der Verpfänder nachher Eigenthümer wird. Der Gläubiger erhält in diesem Fall eine utilis actio hypothecaria und diese findet Statt, wo der Gläubiger gegen den Einwand, daß der Verpfänder nicht Eigenthümer war, die replicatio doli hat. Diese Convalescenz fällt weg, wenn der Gläubiger selbst es wußte, daß sein Verpfänder Nichteigenthümer war (abgesehen von dem Fall einer Bedingung des Erwerbs). Hier wird ihm nur eine Retention einzuräumen sein, nicht eine Klage [1]). Die einzelnen Fälle der Convalescenz sind folgende:

1) Das Pfandrecht kann convalesciren gegenüber dem Verpfänder selbst, der nachher Eigenthümer geworden.

2) Gegenüber einem dritten Besitzer, der sein Recht von demselben Nichteigenthümer herleitet (z. B. A. hat eine fremde Sache verpfändet und sie dann verkauft). Anders wäre es, wenn dieser dritte Besitzer sein Recht bona fide von dem Verpfänder erworben hat, nachdem dieser schon Eigenthümer geworden war.

3) Gegenüber dem Eigenthümer, der des Verpfänders Erbe geworden ist, wenn er dem Gläubiger für die Existenz des Pfandrechts haftet. —

1) L. 1. pr. D. de pign. (20, 1): Conventio generalis in pignore dando bonorum vel postea quaesitorum recepta est, in speciem autem alienae rei collata conventione, si non fuit ei, qui pignus dabat, debita, postea debitori dominio quaesito, difficilius creditori qui non ignoravit alienam, utilis actio dabitur, sed facilior erit possidenti retentio.

Dies ist möglicher Weise nicht der Fall, z. B. der Verpfänder garantirt nicht sein Eigenthum und darum steht dieser Fall dem sub 1) nicht gleich. Dies sagt L. 41. D. de pign. act.[1]), wo die Worte: sed si convenisset de pignore meines Erachtens den Sinn haben: wenn der Beklagte selbst es ist, der das Pfandrecht bestellt hat[2]).

Bestellung durch den Richter.

§. 198.

Zu 3) des Lehrbuchs ist noch folgendes zu bemerken: Missio in possessionem heißt die richterliche Verfügung, wodurch jemandem die Besitznahme eines einzelnen Gegenstandes oder eines Güterinbegriffs gestattet wird zum Behuf der Sicherung von Rechten. In einem einzelnen Falle hat sie das Eigenthum, sonst regelmäßig nur den natürlichen Besitz des missus, zunächst ohne Verdrängung des Gegners, zur Folge. Die Sache wird in die custodia des missus gegeben. Das Pfandrecht an den Gütern entsteht erst mit dem wirklichen Gelangen in den Besitz, nicht schon durch das Decret.

Entstehung durch Rechtssatz.

§. 199. 200. 201.

S. das Lehrbuch.

Endigung des Pfandrechts.

§. 202.

S. das Lehrbuch.

Ein Endigungsgrund des Pfandrechts ist die Aufhebung der Forderung; und zwar hat jede Aufhebung: durch Zahlung, son-

1) L. 41 D. de pign. act. (13, 7): Rem alienam pignori dedisti, deinde dominus rei eius esse coepisti, datur utilis actio pigneraticia creditori. Non est idem dicendum, si ego Titio, qui rem meam obligaverat sine mea voluntate, heres exstitero, hoc enim modo pignoris persecutio concedenda non est creditori. Neque utique sufficit ad competendam utilem pigneraticiam actionem, eundem esse dominum, qui etiam pecuniam debet. Sed si convenisset de pignore, ut ex suo mendacio arguatur, improbe resistit, quo minus utilis actio moveatur (Paul.).

2) Vgl. Beilage XVIII.

stige Befriedigung, selbst ohne Befriedigung diese Wirkung. Obwohl die Formel der actio serviana nur das neque solutum neque satisfactum erwähnt, so muß doch jede Aufhebung das Pfandrecht tilgen, weil kein Pfandrecht ohne Forderung denkbar ist. Nur wo ein besonderer Grund die Aufhebung der Forderung als ein ungerechtes Resultat erscheinen läßt, machen die römischen Juristen von jenem beschränkten Ausdruck der Formel Gebrauch, d. h. sie behandeln die Aufhebung nur als eine unvollständige, wobei naturalis obligatio und wegen dieser auch das Pfandrecht zurückbleibt.

Zur Endigung des Pfandrechts ist aber eine gänzliche Aufhebung der Forderung der Quantität und dem Grade nach erforderlich: 1) der Quantität nach. Auch für den geringsten Rest haftet noch das ganze Pfandrecht, eine Folge der Untheilbarkeit des Pfandrechts. Sind zwei Sachen verpfändet, so ist keine liberirt, bis die ganze Schuld getilgt ist. 2) dem Grade nach. Das Pfandrecht wird daher nicht aufgehoben, wenn nur der civile Theil der Forderung, die Klage, aufgehoben ist, aber eine naturalis obligatio zurückbleibt. Ist der Schuldner durch rechtskräftiges Urtheil zu mehr verurtheilt worden, als er in der That schuldig war, so ist das Pfandrecht aufgehoben, wenn der wirkliche Betrag bezahlt ist, denn gegen einen Andern, als den Schuldner, kann der Gläubiger sich nicht auf res iudicata berufen.

Ein fernerer Aufhebungsgrund des Pfandrechts ist Verzicht, remissio pignoris. In dem Verzicht auf das Pfandrecht liegt nicht nothwendig ein Erlaß der Forderung. Stillschweigend erfolgt derselbe z. B. durch Rückgabe des Hypothekeninstruments in dieser Absicht, durch Rückgabe der Sache beim Faustpfand, Einwilligung in die Veräußerung der Sache ohne Vorbehalt des Pfandrechts. Das Pfandrecht erlischt aber erst durch die wirkliche Veräußerung (doch ist die Verpflichtung des Schuldners zur Eigenthumsübertragung schon hinreichend), und nur, wenn die Veräußerung so geschehen ist, wie der Gläubiger bei seinem Consens voraussetzte; wenn z. B. ein Interesse des Gläubigers dabei obwaltete, — Verwendung des Preises zu seiner Befriedigung — so darf der Verkauf nicht um einen geringern Preis erfolgen, als der Gläubiger consentirt hat. Nachheriger neuer Erwerb von Seiten des Schuldners unterwirft die Sache nicht

wieder dem Pfandrecht, wenn nicht besondere Gründe, z. B. dolus des Schuldners, dabei concurriren. — Auch die stillschweigende Einwilligung in die Veräußerung hat diese Wirkung, aber nicht schon für den Fall, wenn der Gläubiger um die Veräußerung weiß und sie geschehen läßt, ausgenommen: 1) wenn es sich um eine Veräußerung handelt, deren Gültigkeit von dem Untergange des Pfandrechts abhängt z. B. Manumission eines Sclaven: 2) wenn die Gläubiger zur Geltendmachung ihres Rechts edictaliter durch das Gericht vorgeladen werden. Außer diesen beiden Fällen kann jenes bloße Wissen und Geschehenlassen nicht als Verzicht interpretirt werden, weil ja der Gläubiger die Veräußerung nicht einmal hindern kann. Die Veräußerung einer speciell verpfändeten Sache ohne Wissen des Gläubigers wird als furtum behandelt. Hier hat das Wissen des Gläubigers von der Veräußerung die Wirkung, daß diese Beurtheilung wegfällt; nicht aber ist hierin ein Verzicht des Gläubigers auf das Pfandrecht enthalten, denn er hat auch in diesem Fall nicht das Recht der Verhinderung, sein Consens ist zur Gültigkeit der Veräußerung nicht erforderlich.

Einwilligung in die weitere Verpfändung hat immer die Wirkung, daß der Gläubiger dem neuen Pfandgläubiger weicht, in dessen Pfandrecht er consentirt. Ob er dadurch auch andern Pfandgläubigern weicht und ob er gänzlich auf sein Pfandrecht verzichtet, hängt von den Umständen ab. Im Zweifel ist bei einer solchen Einwilligung in die weitere Verpfändung nur jenes Minimum der Wirkung, der Verzicht auf die Priorität anzunehmen. Wohl aber ist es als Verzicht auf das Pfandrecht zu betrachten, wenn die Umstände von der Beschaffenheit sind, daß jene Beschränkung blos auf die Priorität sich nicht annehmen läßt, z. B. wenn der erste Pfandgläubiger in eine dritte, vierte u. s. w. Verpfändung einwilligt. (Man darf also weder sagen, daß überall ein Verzicht auf das Pfandrecht, noch daß überall ein Verzicht auf die Priorität vorliege.)

Auch usucapio libertatis ist ein Erlöschungsgrund des Pfandrechts. Wenn zur Ersitzung der Sache bona fides in Absicht auf das Pfandrecht hinzukommt, so wird durch die Ersitzung auch das Pfandrecht zerstört. Daher kann die usucapio libertatis nicht von dem Verpfänder ausgehen, ebensowenig von dem Erben des Verpfänders, wenn er als solcher besitzt, da dieser in die mala

fides seines Erblassers succedirt. Ist der Besitzer nicht in bona fide, so kann sein Besitz nur die Wirkung der Klagverjährung haben. Jene Wirkung der usucapio libertatis hatte nie die Usucapion von einem oder zwei, und im justinianischen Recht nie die Usucapion von drei Jahren, sondern erst eine Zeit von 10 oder mehr Jahren (bei beweglichen oder unbeweglichen Sachen).

Ein weiterer Endigungsgrund ist der Untergang des Gegenstandes. Daher hebt z. B. Specification das Pfandrecht auf. Der bloß theilweise Untergang, z. B. des Gebäudes hat diese Wirkung nicht, das Pfandrecht besteht fort an den übrigen Theilen der Sache (natürlich ist es anders, wenn bloß die Superficies verpfändet war). Die actio hypothecaria kann möglicherweise als utilis fortdauern, wenn ein fictus possessor vorhanden ist.

Endlich kann sich das Pfandrecht endigen durch Confusion (durch Zusammentreffen des Eigenthums und des Pfandrechts in derselben Person). Es giebt Fälle, wo dies an sich nothwendige Resultat entweder eine materielle Ungerechtigkeit ist, oder der wahren Intention der Parteien bei dem fraglichen Geschäft nicht entspricht. Dahin gehört z. B. der Fall, wenn der Gläubiger die Sache von seinem Schuldner kauft, damit ein vorgehender Pfandgläubiger abgefunden werde. Als Eigenthümer ist er gegen die nachstehenden Gläubiger nicht gesichert. Ferner: der Gläubiger erhält die ihm verpfändete Sache, ohne es zu wissen, als Vergleichsprästation u. s. w. Um eine Hülfe gegen diese Inconvenienzen zu geben, könnte man einen doppelten Ausweg wählen: 1) den Ausweg, eine Ausnahme von der Regel zu machen, daß Niemand ein Pfandrecht an seiner eignen Sache haben kann. So haben es einige neuere Juristen gemacht. Dieser Weg ist aber unstatthaft, weil jene Regel von der Art ist, daß sie keine Ausnahme haben kann. 2) Ein anderer Ausweg ist: das Geschäft, wodurch der Gläubiger Eigenthümer geworden ist, anders zu interpretiren, indem man annimmt, daß der Erwerb des Eigenthums nicht geschehen und der Gläubiger sein Pfandrecht nicht verloren, sondern anders erworben hat. Dies ist der Weg, den die römischen Juristen eingeschlagen haben; er ist auch der juristisch allein mögliche.

Inhalt des Pfandrechts.

A. Extensiver Inhalt.

Hinsichtlich des Gegenstandes.

§. 203.

Die Untheilbarkeit des Pfandrecht hat auch die Wirkung, daß eine Theilung der Forderung nicht auch das Pfandrecht theilt. Hat also der Gläubiger mehrere Erben hinterlassen, so besteht für die Portion eines jeden der Erben das ganze Pfandrecht, so daß hier mehrere einander gleichstehende Pfandgläubiger sind. Ebenso haftet, wenn mehrere Erben des Schuldners da sind, für eines jeden Schuld das ganze Pfand, nicht blos sein Theil an der Sache, so daß also, so lange noch einer der Erben im Rückstande ist, die ganze verpfändete Sache verkauft werden kann.

Der Umfang des Gegenstandes kann unter Umständen zweifelhaft sein. Dies ist namentlich der Fall:

1) Bei der generellen Verpfändung. An sich ist es auch hier quaestio facti, was unter dem Genus begriffen ist. Indessen giebt es doch einige Rechtsregeln darüber.

Die Verpfändung des Vermögens begreift nicht blos die gegenwärtig im Vermögen enthaltenen, sondern auch die künftig zu erwerbenden Güter. So lange übrigens noch andere Gegenstände vorhanden sind, an die sich der Gläubiger halten kann, sind diejenigen Sachen auszunehmen, von denen es wahrscheinlich ist, daß sie nicht verpfändet worden wären im Fall einer speciellen Aufzählung; dahin werden gerechnet: besonders werthgeschätzte Sachen, Hausgeräthe zum täglichen Gebrauch, Kleidungsstücke rc.

Die einzelnen unter das Genus fallenden Sachen haften ebenso wie wenn sie speciell verpfändet wären, also nicht bloß so lange sie unter die Collectivbezeichnung fallen. Daher bleiben bei Verpfändung des Vermögens auch die wieder veräußerten Güter verpfändet, ebenso die invecta et illata des Pächters. Ein eigenthümlicher Rechtssatz ist es, daß durch eine bloß generelle Verpfändung nicht die Manumission von Sklaven gehindert wer-

den soll [1]). Erst von dem Augenblick der Geltendmachung des Pfandrechts an dem Sklaven ist die Manumission unmöglich; dies ist eine lediglich auf diese Art der Veräußerung (Manumission) berechnete Bestimmung, daher heutzutage unanwendbar. Man darf also jenen Satz: 1) nicht beschränken auf das Pfandrecht des Vermiethers an den Illata des Miethsmannes, von dem dort zunächst die Rede ist, denn er gilt von jeder generellen Verpfändung; 2) darf man den Satz nicht ausdehnen auf andere Sachen und ihre Veräußerung, er gilt nur von der Manumission.

Es giebt einen Fall, wo die Veräußerung eine in dem Genus begriffene Sache von dem Pfandrechte befreit. Diese Ausnahme liegt in der Natur gewisser universitates rerum. An sich sind die in der verpfändeten universitas begriffenen Sachen so vollständig und definitiv dem Pfandrecht unterworfen, wie bei einer andern generellen Verpfändung. Aber die universitas kann von der Art sein, daß ein freier Ab- und Zugang der dazu gehörenden Dinge ihrer Natur wesentlich ist, so daß die Anwendung jener Regel eine Zerstörung ihres Wesens enthalten würde. Dies ist der Fall bei einem Waarenlager. Wenn sich jemand ein solches mit jener Wirkung verpfänden ließe, so würde er dadurch dessen Eigenschaft als Waarenlager vernichten, was gar nicht einmal im Interesse des Gläubigers liegen würde. Dies kann nicht als Intention vorausgesetzt werden und das Pfandrecht haftet daher nur an den Sachen, die zur Zeit seiner Geltendmachung im Waarenlager sich befinden.

2) Bei Accessionen. Jeder integrirende Bestandtheil der Sache ist natürlich dem Pfandrecht unterworfen; z. B. das Gebäude, welches auf dem verpfändeten Grundstück errichtet wird; ferner was durch Alluvion dem Grundstück zuwächst; der accrescirende Usufructus, wenn die nuda proprietas verpfändet ist.

In Beziehung auf die Früchte ist zweierlei zu unterscheiden: 1) die Früchte können Gegenstand des Pfandrechts sein, demzufolge sie also durch eine besondere actio hypothecaria eingeklagt werden können; 2) Nebengegenstand der actio hypothecaria auf die Hauptsache, und dies letztere ist möglich, ohne daß sie Gegenstand des Pfandrechts sind.

---

1) L. 6. 9. D. in quib. caus. pign. (20, 2.)

Das erste, daß die Früchte selbst Gegenstand des Pfandrechts sind, ist nur der Fall, wenn sie namentlich verpfändet sind und überdies in das Eigenthum des Verpfänders oder seines Erben kommen. S. oben. Die Stellen, welche man für ein stillschweigendes Erstrecken des Pfandrechts auf die Früchte angeführt hat, handeln von dem zweiten Falle[2]).

Die Früchte aber können namentlich verpfändet sein, ohne daß sie speciell genannt werden, wenn sie nämlich unter das verpfändete Collectivum fallen. Wenn z. B. die invecta et illata verpfändet sind, so gilt dies auch von den Früchten derselben; d. h. auch diese sind als invecta et illata zu betrachten. Dies ist der Grund, nicht daß sie Früchte sind.

Hinsichtlich der Forderung.

§. 204.

Das Pfand haftet für die Forderung, für welche es gegeben ist; haftet es auch für Accessionen der Forderung? Allerdings haftet das Pfand nicht blos für die Forderung ihrem ursprünglichen Betrag nach, sondern auch für die Accessionen der Forderung, aber es haftet nicht für accessorische Forderungen. Das Princip ist: das Pfand haftet für alles, was mit der persönlichen Klage aus der Forderung geltend gemacht werden kann, daher auch für das Interesse, für die Proceßkosten, welche mit der Hauptklage gefordert werden können. Unter derselben Voraussetzung haftet das Pfand auch für die Zinsen. In Beziehung auf diese letzteren hat man einen Widerspruch zwischen zwei Stellen finden wollen[1]). Es ist aber in diesen Stellen von zwei ganz verschiedenen Fällen die Rede. Es giebt Zinsen, welche Accessionen der Hauptschuld sind (so namentlich die Verzugszinsen); auf diese erstreckt sich das Pfandrecht stillschweigend und von ihnen spricht die erste Stelle. Es giebt aber auch Zinsen, welche eine besondere accessorische Forderung bilden und für welche eine besondere Klage

---

2) L. 26 §. 2 D. de pign. (20, 1) L. 1 C. de partu pign. (8, 25) L. 16 §. 4 D. de pign.

1) L. 8 §. 5. D. de pign. act, (13, 7): Cum pignus ex pactione venire potest, non solum ob sortem non solutam venire poterit, sed ob cetera quoque, veluti usuras et quae in id impensa sunt. L. 13 §. 6 D. de pignor. (20, 1): Propter usuras quoque si obligata sit hypotheca, usurae solvi debent. Idem et in poena dicemus.

stattfindet; bei diesen erstreckt sich das Pfandrecht nicht stillschweigend auf die Zinsen, sondern muß namentlich auch für die Zinsforderung gegeben sein. Solche Zinsen meint die zweite Stelle.

Hinsichtlich der Verwendungen, die auf das Pfand gemacht werden, streitet man, ob das Pfand auch für impensae utiles hafte. Eine Ausnahme kann nicht nachgewiesen werden und überdies kommt noch der positive Grund hinzu, daß der Verkaufswerth des Pfandes durch dieselben erhöht worden ist; im Fall des Verkaufs würde also der Gläubiger das Plus des Werthes in Anspruch nehmen können, wenn sie ihm nicht vom Schuldner ersetzt würden.

Der Gläubiger kann eine Retention des Pfandes haben, ohne ein Pfandrecht behaupten zu können (also ohne das Recht des Verkaufs). Dieses Retentionsrecht würde er nach allgemeinen Grundsätzen namentlich wegen der Verwendungen haben, aber auf diese ist sogar das Pfandrecht selbst erstreckt worden. Dagegen ist dem Gläubiger auf der andern Seite ein Retentionsrecht eingeräumt worden unter Umständen, wo es sonst nicht Statt findet.

Gegen den auf Herausgabe des Pfandes klagenden Verpfänder hat der Gläubiger nämlich die exceptio doli, wenn er noch andere Forderungen gegen den Verpfänder hat, für die ihm dieses Pfandrecht nicht bestellt ist. Er kann also das Pfand retiniren, bis er auch wegen dieser andern Forderungen befriedigt ist. Diese exceptio doli hat aber der Gläubiger natürlich nicht gegen den Verpfänder, der nicht Schuldner ist, auch nicht gegen andere Pfandgläubiger. Gewöhnlich wird dieses Retentionsrecht als ein Vorrecht des Faustpfandgläubigers betrachtet rc. Dies ist jedoch unrichtig; das Retentionsrecht setzt nur voraus, daß der Gläubiger das Pfand inne hat; ob er durch den Pfandcontract dazu gekommen ist, oder durch die actio hypothecaria, ist gleichgültig. So ist auch das Gesetz: „Si in possessione fueris constitutus“ zu verstehen[2]).

Eine Streitfrage findet hierbei über die Frage statt: ob dies Retentionsrecht im Concurse stattfinde, vorausgesetzt, daß

---

2) L. un. C. etiam ob chirographariam pecuniam pignus retineri posse (8, 27).

der Gläubiger schon vor dessen Ausbruch in den Besitz gekommen ist? Die meisten Processualisten verneinen diese Frage, Einige bejahen sie schlechthin, Andere endlich wollen unterscheiden: der Gläubiger habe das Retentionsrecht gegenüber der Concursmasse, nur mit Ausnahme der Pfandgläubiger: also es sei in wie außer dem Concurse. Die erste Ansicht ist die richtige. Bei der Eröffnung des Concurses sind alle sich anschließenden Gläubiger als missi (in possessionem) zu betrachten, also kann der besitzende Gläubiger gegen keinen das Retentionsrecht ausüben, da er es nur gegen den Schuldner, nicht gegen andere dingliche Berechtigte hat; dinglich berechtigt sind aber alle Gläubiger, insofern sie missi sind. Was also vor dem Concurs von dem Pfandgläubiger, das gilt nach der Concurseröffnung von allen Gläubigern.

B. Intensiver Inhalt.

Recht des Verkaufs.

§. 205.

Kein Pfandrecht besteht ohne das Verkaufsrecht; daher hat die Uebereinkunft, daß der Gläubiger nicht solle verkaufen dürfen, das pactum de non distrahendo, nur die Wirkung der Nothwendigkeit einer dreimaligen Aufforderung des Schuldners, nach deren Fruchtlosigkeit das Pfand verkauft werden kann.

Der Verkauf tritt ein, wenn der Schuldner in mora solvendi ist, also ist regelmäßig Interpellation nöthig. Doch kann die Nothwendigkeit der Interpellation durch ein pactum beseitigt werden, wodurch dem Gläubiger das Recht des Verkaufs mit dem Verstreichen der Zahlungszeit eingeräumt wird. — Manche Juristen behaupten, zum Verkaufe sei auch noch Liquidität der Forderung nöthig, d. h. dieselbe müsse entweder unbestritten oder bewiesen sein. Es ist so zu entscheiden: der gerichtliche Verkauf wird durch Bestreitung der Forderung, also des Pfandrechts, gehemmt; dagegen nicht an sich der Privatverkauf, aber dieser ist nichtig, wenn die Forderung nicht existirt. Ferner kann er nichtig sein als Verkauf einer res litigiosa, wenn der Verpfänder vor dem Verkauf vindicirt hat. Soll der Verkauf erst durch die hypothecaria actio vorbereitet werden, also wenn der Gläubiger nicht schon im Besitz ist, so wird natürlich die Bestreitung der Forderung ihn stets hindern.

Nach römischem Recht ist der Privatverkauf die Regel, der gerichtliche nur bei dem pignus in causa iudicati captum vorgeschrieben.

Heutzutage ist es umgekehrt. Der gerichtliche Verkauf tritt überall ein, wo der Gläubiger durch den Richter in den Besitz kommt (also auch bei der gewöhnlichen Hypothek). Bei dem Privatverkaufe gelten folgende Vorschriften: 1) der Schuldner muß von dem Verkaufe benachrichtigt werden; 2) der Gläubiger kann nicht selbst kaufen, auch nicht durch eine persona supposita; 3) muß bei dem Verkaufe bona fide verfahren werden. Es ist hier zu unterscheiden die Frage, ob verkauft werden soll, und das Verfahren beim Verkaufe selbst. Jenes ist das Recht des Gläubigers, dieses dagegen muß wie das eines Procurators zum möglichsten Vortheil des Schuldners eingerichtet sein.

Die Gültigkeit und Wirksamkeit des Verkaufs setzt noch voraus, daß der Gläubiger der prior creditor ist. Neuere Juristen haben behauptet, auch der nachfolgende Gläubiger könne veräußern, wenn er nur dem vorgehenden Pfandgläubiger die erste Stelle bei der Befriedigung aus dem Kaufpreise lasse[1]. Dies ist unrichtig. Man hat sich darauf berufen, daß das Recht des Verkaufes wesentlicher Inhalt des Pfandrechts sei, also auch dem nachstehenden Gläubiger zustehen müsse. Aber dieses Recht des nachfolgenden Pfandgläubigers ist eben ein in seiner vollen Wirkung noch suspendirtes Pfandrecht, er hat dieses Recht, nur kann er es jetzt noch nicht realisiren. Nicht weniger ungehörig ist die Berufung auf den ganz falschen Spruch: quod tibi non nocet et alteri prodest, ad id potes compelli. Eine Ausnahme findet nur Statt bei dem pignus in causa iudicati captum. Hier kann der vorhergehende Gläubiger den Verkauf nicht hindern, wenn er nur befriedigt wird. Dies hängt mit der besondern Veranlassung des pignus i. c. i. captum als eines Executionsmittels zusammen. In andern Fällen dagegen ist nur das ius offerendi das Mittel für den nachfolgenden Gläubiger, sich das Verkaufsrecht zu verschaffen.

Die Wirkungen des Verkaufs sind folgende:

1) Aufhebung des Pfandrechts, nicht bloß des Pfandrechts

---

1) Vgl. Note g. des Lehrbuchs.

des Verkäufers, sondern jedes andern, das bisher an der Sache stattfand.

2) Gegenüber dem Käufer ist der Gläubiger als procurator des Schuldners zu betrachten. Mithin überträgt er also an den Käufer das Eigenthum oder dasjenige Recht, welches der Schuldner übertragen hätte. Der Schuldner hat kein Einlösungsrecht, auch nicht, wenn der Gläubiger kauft (was beim gerichtlichen Verkauf möglich ist). Wird der Kauf rückgängig, so fällt das Eigenthum wieder an den Verpfänder. — Der Gläubiger haftet dafür, daß er als Pfandgläubiger zum Verkaufe berechtigt ist, die Klage auf Evictionsleistung geht gegen ihn, wenn ein besserer Pfandgläubiger evincirt. Wegen Eviction durch den Eigenthümer dagegen geht der Evictionsanspruch regelmäßig gegen den Verpfänder. Gegen den Gläubiger geht der Anspruch a) wegen dolus (Wissen um das Nichteigenthum des Verpfänders); b) wenn der Gläubiger die Evictionsleistung für seine Person versprochen hat. Die römischen Juristen nennen dies: iure communi promittere im Gegensatz zu dem Fall, wo sich der Gläubiger bloß als Pfandgläubiger gerirt.

3) Befriedigung des Gläubigers aus dem Kaufpreise. Zuerst werden die Zinsen, dann das Capital abgetragen; natürlich soweit das Pfand für die Schuld haftet. Der Ueberschuß des Preises fällt an den nachstehenden Gläubiger oder wenn ein solcher nicht vorhanden ist an den Verpfänder. Beträgt der Preis weniger, so bleibt der Ueberschuß der Forderung bestehen. Der Schuldner wird nicht schon durch den Verkauf befreit, sondern erst wenn der Gläubiger wegen des Preises befriedigt wird (was z. B. auch durch Novation geschehen kann), oder dies lediglich von ihm abhängt z. B. bei Ertheilung einer Frist oder Erlaß der Schuld. Muß der Gläubiger Eviction leisten, so erfolgt keine Befreiung, und wenn er noch weiter in Nachtheil gekommen ist, vorausgesetzt, daß er bona fide und zum Vortheil des Verpfänders gehandelt hat, so hat er seinen Regreß gegen den Verpfänder.

Recht des Zuschlags.

§. 206.

Wenn sich kein Käufer für die Sache findet, so kann der Gläubiger den Zuschlag derselben zum Eigenthum verlangen

(s. das Lehrbuch). Beim Zuschlage wird das Verhältniß erst nach zwei Jahren vom Zuschlage an definitiv entschieden. Löst der Schuldner während dieser Zeit (biennium luitionis) die Sache ein, so ist es wie wenn der Gläubiger nie Eigenthümer gewesen wäre. Auch der Gläubiger kann das beneficium fallen lassen, z. B. durch Zinsenannahme, ebenso durch Verkauf innerhalb der zwei Jahre, der dann die gewöhnliche Wirkung hat — sowohl zu Gunsten des Schuldners, wenn mehr, als des Gläubigers, wenn weniger gelöst wird. Manche haben geglaubt: auch noch beim Verkaufe nach zwei Jahren trete der Rückfall in das alte Verhältniß ein. Dies ist falsch. Die dafür angeführte Stelle spricht nur vom Verkauf während der zwei Jahre. Begreiflich muß denn auch irgend einmal die Unentschiedenheit des Verhältnisses aufhören.

Einfluß gewillkührter Bestimmungen auf den Inhalt des Pfandrechts.

§. 207.

S. das Lehrbuch.

Zu Note e des Lehrbuchs ist noch folgendes zu bemerken. Mühlenbruch bestreitet die Zulässigkeit der Verabredung, daß der Gläubiger die Sache um einen zu bestimmenden Preis haben solle, 1) weil die Pandektenstellen, in denen allerdings jene Verabredung als gültig erwähnt wird [1], aus einer Zeit herrührten, wo die lex commissoria noch erlaubt gewesen sei. Dabei ist übersehen, daß diese Pandektenstellen für uns nicht blos eine historische Bedeutung, sondern als Bestandtheile des justinianischen Rechts jedenfalls den Sinn haben, daß jener Vertrag nicht unter das Verbot fällt; 2) wegen der Gefahr, die diese Verabredung für den Schuldner haben könne, ähnlich, wie sie die lex commissoria mit sich führe. Wäre dies auch gegründet, so würde es immer nur ein Motiv für einen Gesetzgeber, nicht aber für einen Richter sein.

Inhalt bei verpfändeten Rechten.

§. 208.

Einige Rechte, welche Gegenstand des Pfandrechts sein können, gewähren dem Pfandgläubiger außer dem Verkauf noch ein

1) L. 16. §. ult. D. de pign. (20, 1.) L. 81. pr. D. de contr. emt. (18, 1.)

anderes Mittel, zu seiner Befriedigung zu gelangen, nämlich die Ausübung dieser Rechte, welche unmittelbar oder mittelbar denselben Erfolg der Befriedigung für ihn hat. Dies ist der Fall bei dem pignus nominis und dem subpignus.

Von dem pignus nominis.

Der Pfandgläubiger erhält das Recht, die verpfändete Forderung geltend zu machen. Wenn die Zeit der Ausübung seines Pfandrechts gekommen ist, so kann er die verpfändete Forderung 1) verkaufen; oder 2) selbst gegen den Schuldner seines Schuldners klagen, um sich aus der Leistung desselben an ihn bezahlt zu machen; seine Klage gegen den debitor debitoris ist nicht eine besondere, sondern die Klage aus dem nomen, wie sie der Verpfänder hätte. Dies letztere setzt voraus:

a) daß die Zeit der Ausübung des Pfandrechts gekommen ist;

b) daß die verpfändete Schuld selbst ebenfalls fähig ist;

c) beträgt die Forderung mehr als die seinige, so klagt er nicht mehr ein, als diese beträgt, des Zweckes der Uebertragung wegen;

d) ist der Gegenstand der verpfändeten Forderung eine andere Sache als Geld, so wird diese Pfand, und er kann sich durch den Verkauf derselben bezahlt machen. Unrichtig ist es, wenn manche Juristen[1]) dies als bloßes Retentionsrecht darstellen.

Die Verpfändung des nomen setzt also eine Uebertragung des nomen auf den Gläubiger voraus, damit er dasselbe verkaufen und sein Pfandrecht damit geltend machen könne. Denn ein besonderes Recht an dem nomen (wie bei der verpfändeten Sache das ius in re) giebt es nicht. Für die Uebertragung sind zwei Formen vorhanden: Delegation und Cession. In einer dieser Formen also muß die Verpfändung des nomen geschehen. Regelmäßig wird die letzte anzunehmen sein, namentlich überall da, wo die Verpfändung ohne Zuziehung des Schuldners des nomen, ohne Gemeinschaft mit ihm geschehen ist. — Die Verpfändung des nomen ist also nichts anderes als eine Cession der Forderung für den Fall, daß die Rechte des Pfandgläubigers in Wirksamkeit treten. Der Pfandgläubiger hat die Rechte eines Cessionars,

1) So Mühlenbruch, Cession der Forderungsrechte S. 346.

nur hängt ihre Ausübung zugleich von den Grundsätzen über Ausübung des Pfandrechts ab.

Manche Juristen suchen dies noch immer zu bestreiten, ohne einzusehen, daß es gar keine andere juristisch mögliche Ansicht giebt. Im Grunde wird der Streit nur darum geführt, ob gewisse Rechtssätze, die sonst von der Cession gelten, auch auf diesen Fall anwendbar sind. Das Princip ist: es gelten alle Grundsätze von der Cession auch für diesen besondern Fall, soweit sie nicht durch den besondern Zweck dieser Cession modificirt werden. Diese Modificationen könnten sehr erheblich sein, dessenungeachtet dürfte man darum nicht die Auffassung des Geschäfts als bedingte Cession zurückweisen, die in der That eine Nothwendigkeit ist. (Eine solche falsche und begrifflose Auffassung ist auch in der neuesten Schrift über diesen Gegenstand enthalten: Herm. Buchka de pign. nom. 1843.)

Von dem subpignus (Afterpfand).

Es ist eine doppelte Auffassung desselben möglich:

1) als Verpfändung der verpfändeten Sache. Dafür könnte man sich auf die Ausdrücke des geschriebenen Rechts berufen: id quod pignori obligatum est, pignori obstringi posse — pignori rem pignoratam accipi posse etc.;

2) als Verpfändung der actio hypothecaria, also bedingte Cession dieser Klage. Damit steht näher betrachtet jener Ausdruck des geschriebenen Rechts nicht in Widerspruch: die Sache ist verpfändet, aber nur insofern sie dem Verpfänder verpfändet ist, also ihrer Qualität als Pfand; übertragen ist daher das Pfandrecht, d. h. die Geltendmachung desselben, die actio hypothecaria.

Dies ist die allein juristisch mögliche Auffassung, denn in dem Pfandrecht liegt nicht die Befugniß, die Sache weiter zu verpfänden. Dies würde mit dem Inhalte des Pfandrechts, der auf Befriedigung gerichtet ist, nicht zusammenstimmen.

Die Afterverpfändung ist also Cession der Geltendmachung des Pfandrechts.

Die Ausübung des Pfandrechts durch den Aftergläubiger setzt daher voraus: 1) daß die Zeit zur Geltendmachung des subpignus gekommen ist, 2) aber auch die Zeit zur Geltend-

machung des verpfändeten Pfandrechts, so daß der erste Pfandgläubiger im Stande wäre, es auszuüben.

In dem Pfandrechte wird auch die Forderung geltend gemacht, aber auch nur soweit ist sie als mitverpfändet zu betrachten, als sie mit der actio hypothecaria geltend gemacht wird, wenn nicht namentlich das Pfandrecht auf sie mit erstreckt ist. Hieraus ergiebt sich die Interpretation der L. 13. §. 2. D. de pign.[1]) die man eigentlich nur aus einer vorgefaßten Vorstellung für schwierig halten kann: bei dem Afterpfand haftet das Pfand dem zweiten Gläubiger, so weit seine Forderung geht, doch nie weiter als die Forderung des ersten Gläubigers (quatenus utraque pecunia debetur). Der zweite Gläubiger hat gegen den Eigenthümer des Pfandes eine exceptio und actio utilis (hypothecaria), wie sein Cedent, der erste Gläubiger. Wenn der Eigenthümer dem zweiten Gläubiger zahlt, so erlischt das Pfandrecht, für den ersten wie für den zweiten. (Wenn die Forderung für sich verpfändet ist, so geht das Recht des Pfandgläubigers nur auf den Betrag seiner Forderung, wenn dieser geringer ist. Dies ist anders bei der Verpfändung der actio hypothecaria, wobei keine Theilung möglich ist. Der Besitzer kann dem Kläger seine Forderung offenbaren, aber er kann auch das Ganze zahlen, um sein Pfand zu befreien.) Was hat nun der erste Gläubiger zu thun, hat er eine Klage wegen des von dem zweiten Eingenommenen? Der Jurist entscheidet so: es ist wie wenn die Forderung verpfändet, und dem zweiten Gläubiger gezahlt worden wäre. Ist Geld bezahlt worden, so hat dieser den Ueberschuß an den ersten herauszugeben, ist es eine andere Sache, die geleistet worden ist, so hat er ein Pfandrecht daran, der erste kann sie also lösen, wie wenn er diese Sache zum Pfand gegeben hätte.

---

1) L. 14. §. 2. D. de pign. (20, 1): Cum pignori rem pignoratam accipi posse placuerit, quatenus utraque pecunia debetur, pignus secundo creditori tenetur, et tam exceptio quam actio utilis ei danda est. Quodsi dominus solverit pecuniam, pignus quoque perimitur. Sed potest dubitari, numquid creditori nummorum solutorum nomine utilis actio danda sit an non. Quid enim, si res soluta fuerit? Et verum est quod Pomponius libro septimo ad edictum scribit, si quidem pecuniam debet is, cuius nomen pignori datum est, exacta ea creditorem secum pensaturum, si vero corpus is debuerit et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem.

Priorität.

§. 209.

S. das Lehrbuch.

Alter des Pfandrechts.

§. 210.

S. im Lehrbuch die drei Punkte, von denen die Entstehung und somit das Alter des Pfandrechts abhängt.

Das Alter hängt vor Allem von der Existenz der Forderung ab, nicht dagegen von der Fälligkeit; das diem venire hat keinen Einfluß; z. B. bei der Verpfändung für den Pachtzins entsteht das Pfandrecht vor dem Zahlungstermine, ja vor dem Antritt der Pachtung, wenn nur der Vertrag geschlossen ist, so daß der Eintritt der Verbindlichkeit nicht mehr von dem Willen des Pächters abhängt. Dagegen schiebt eine Suspensivbedingung allerdings die Entstehung hinaus; dieser Umstand hat aber wegen der Retrotraction der Bedingung keinen Einfluß auf das Alter des Pfandrechts. Ausgenommen ist eine Bedingung, die rein auf den Willen des Schuldners gestellt ist, so daß es nur von ihm abhängt, ob er Schuldner werden will oder nicht. Hier ist er vorher nicht einmal bedingt verpflichtet, denn die Intention der Parteien ist gegen die Retrotraction; z. B. dem Depositar wird freigestellt, das Geld zu gebrauchen und für diesen Fall, wo die Forderung in eine Darlehensforderung übergeht, ein Pfandrecht bestellt. — Der Zeitpunkt der Entstehung der Forderung bestimmt sich nach der Natur der Forderung; so z. B. ist zu unterscheiden, ob ein Real- oder Consensualcontract vorliegt; ferner ist ein Unterschied zwischen der Entstehung der Darlehns- und der Dotalforderung[1]). Gewöhnlich zieht man die Frage in's Vage, indem man darauf sieht, ob eine Verbindlichkeit zur Eingehung der Obligatio von einer oder beiden Seiten vorhanden ist, oder nicht. Hiernach würde bei einem pactum de mutuo dando, wenn schon jetzt das Pfandrecht für das künftige mutuum bestellt würde, dieses schon von jetzt an datiren. Dies ist falsch, weil dabei die entscheidende Frage, für welche Schuld das Pfandrecht gegeben wurde, ganz hintangesetzt ist.

---

1) Vgl. L. 11. pr. §. 1. D. qui pot. in pign. (20, 4.) — L. 1. pr. D. h. t.

Ist das Pfandrecht nicht für die Verbindlichkeit aus jenem pactum, sondern für die Darlehnsforderung gegeben, so kann es schlechterdings nicht eher beginnen, als diese. Das Gegentheil wäre eine reine Verkehrtheit.

Das Pfandrecht kann nicht älter sein, als der Gegenstand, welcher dem Pfandrecht unterworfen ist. Eine Modification von diesem Grundsatz tritt ein bei der Verpfändung von res futurae, hier wird das Pfandrecht zurückdatirt auf die Zeit der Verpfändung, weil schon an der Hoffnung ein Pfandrecht besteht; so ist z. B. ein Pfandrecht, welches ein Anderer an dem Vermögen hat und das er an jenen Sachen erst mit ihrer Entstehung erwirbt, nicht gleichzeitig mit demjenigen, was an der Hoffnung besteht. Ganz anders ist es bei der Verpfändung künftig zu erwerbender Gegenstände, mag diese eine specielle sein unter der Bedingung des Erwerbes, oder eine generelle. Auch die Bedingung kann nicht retrotrahirt werden auf eine Zeit, wo der Verpfänder noch nicht Eigenthümer war. Noch weniger kann dies bei der Verpfändung des Vermögens angenommen werden. Wenn also Mehreren zu verschiedenen Zeiten künftig zu erwerbende Sachen verpfändet sind, so ist ihr Pfandrecht ein gleichzeitiges. Dies folgt unter andern auch aus der Voraussetzung bei dem Pfandrecht an einer res futura, daß dasselbe nur zurückdatirt wird, wenn die erzeugende Sache schon bei der Bestellung in bonis des Verpfänders war; würde dasselbe von jeder künftig erworbenen Sache gelten, so wäre diese Bedingung ohne Sinn. Es geht aber auch aus den Entscheidungen im geschriebenen Recht hervor[2]).

Man hat eine andere Stelle[3]) mit den oben ausgesprochenen Grundsätzen im Widerspruche finden wollen. Dies wäre allerdings der Fall, wenn der Jurist sagte: der frühere Gläubiger geht in allen nachher bis jetzt, auch nach dem Eintritt des zweiten Gläubigers, erworbenen Sachen vor. Die Stelle ist jedoch keineswegs so zu verstehen[4]).

Wird der Gegenstand erst gegeben durch ein ihn betreffendes

---

2) L. 28. D. de iure fisci (49, 14).
3) L. 21. pr. D. de pign. (20, 1).
4) Vgl. die Erklärung dieser, sowie der andern hierher gehörigen Stellen in Beilage XIX.

Ereigniß, namentlich bei der generellen Verpfändung durch dasjenige, wodurch er unter das Genus fällt, z. B. Illation, so besteht auch das Pfandrecht nicht früher, als dieses Ereigniß eintritt.

Das Pfandrecht kann nie älter sein, als Forderung und Gegenstand, aber diese können älter sein, als jenes. Das Alter wird nämlich auch außerdem noch durch den Entstehungsgrund bestimmt. Entsteht freilich das Pfandrecht ipso iure, so existirt es sofort mit der Forderung, die Existenz des Gegenstandes vorausgesetzt. Entsteht es aber erst durch einen Act der Bestellung, so kann es erst von diesem Act an datiren.

Hier ist noch von dem Fall der Convalescenz der Verpfändung fremder Sachen zu sprechen[5]. Zwei Fälle sind dabei zu unterscheiden:

1) Convalescenz durch Ratihabition des Eigenthümers, wodurch der Anfang des Pfandrechts auf den Act der Bestellung zurückdatirt wird. Die Retrotraction, welche hier eintritt, setzt voraus, daß der Eigenthümer selbst ein früheres Pfandrecht geben konnte. Seine Ratihabition kann also nicht die zu ihrer Zeit schon existirenden Pfandrechte beeinträchtigen.

2) Convalescenz durch Erwerb von Seiten des Verpfänders, a) einer res debita, s. oben; b) einer res aliena, non debita. Das Pfandrecht beginnt in dem letztern Falle erst mit dem Erwerb. Wenn indessen Mehrere von demselben Nichteigenthümer ein Pfandrecht erworben haben, so hat der frühere Erwerber gegen den spätern die actio publiciana, obgleich sie als Pfandgläubiger eigentlich gleichzeitig sind.

Singulärer Vorzug gewisser Pfandrechte.

§. 211.

S. das Lehrbuch.

Vorzug des Pignus Publicum.

§. 212.

Schon im römischen Recht ist der erste Versuch gemacht, die Nachtheile der formlosen Entstehung der Hypotheken zu vermin-

5) Vgl. Lehrbuch Note i.

dern. Zunächst bot sich die Erwägung dar, daß hier, beim hypothekarischen Vertrage, eine viel bedeutendere Wirkung als die eines obligatorischen Vertrages vorliegt. Dieser hat nur seine Wirkung gegen den Paciscenten und seine Erben, das pactum hypothecae aber eine weit darüber hinausgehende.

Dadurch wäre die Vorschrift hinlänglich begründet gewesen, daß das pactum hypothecae mit einer gewissen Publicität abgeschlossen sein müsse (gerichtlich oder vor Zeugen), wenn es überall wirksam sein solle. So weit ging man indessen nicht. Man begnügte sich, dem in jener öffentlichen Form bestellten Pfandrechte eine Priorität vor dem ohne sie bestellten einzuräumen. Dies ist der Inhalt des Leonischen Gesetzes [1]). Ein solches Pignus heißt pignus publicum quasi publicum, gegenüber dem pignus privatum.

Man hat verschiedene Ansichten über dieses Gesetz aufgestellt.

1) Manche Juristen behaupten, der Kaiser habe nur die Glaubwürdigkeit des Datums im Auge gehabt, da eine Privaturkunde, wenn Verpfänder und Gläubiger einstimmen, ohne Weiteres zum Nachtheil der früheren Gläubiger antedatirt werden kann. Der Inhalt des Gesetzes sei also: wenn über die Priorität des Alters gestritten werde, so solle das Datum der Privaturkunde keine Glaubwürdigkeit haben, das pignus publicum solle immer jenem gegenüber als das ältere gelten. Das Gesetz würde hiernach nur zur Anwendung kommen, wenn es sich um den Vorzug des Alters handelt, nicht bei der Concurrenz eines pignus publicum und eines privilegirten Pfandrechts. — Das Gesetz enthält in der That nichts von einer solchen Beschränkung. Auch hätte es consequent dann verordnen müssen, daß alle Privat-

1) L. 11. C. qui pot. (8, 18): Scripturas quae saepe assolent a quibusdam secrete fieri, intervenientibus amicis nec ne, transigendi, vel paciscendi, seu foenerandi, vel societatis coeundae gratia, seu de aliis quibuscunque causis vel contractibus conficiuntur, quae ἰδιόχειρα graece appellantur, sive tota series earum manu contrahentium, vel notarii, vel alius cuiuslibet scripta fuerit, ipsorum tamen habeant subscriptiones, sive testibus adhibitis sive non, licet conditionales sint, quos vulgo tabellarios appellant, sive non, quasi publice conscriptas, si personalis actio exerceatur, suum robur habere decernimus. Si autem ius pignoris vel hypothecae ex huiusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit, eum qui instrumentis publice confectis nititur, praeponi decernimus, etiamsi posterior is contineatur, nisi forte probatae atque integrae opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones eisdem idiochiris contineantur, tunc enim quasi publice confecta accipiuntur.

pfandrechte als gleichzeitig zu behandeln seien, denn warum sollte eine Glaubwürdigkeit des Datums hier angenommen werden? Dies wäre eine Prämie für ein Falsum.

2) Nach der herrschenden Meinung hat das Gesetz überhaupt die Existenzfrage des Pfandrechts im Auge, in Beziehung auf welche die Privaturkunde geringere Glaubwürdigkeit hat, als die öffentliche. Dies ist offenbar den Worten des Gesetzes allein gemäß. Daher geht namentlich das pignus publicum auch dem privilegirten privatum vor, wegen der geringeren Glaubwürdigkeit.

Hierbei wird noch darüber gestritten, ob das pignus publicum auch den gesetzlichen Hypotheken vorgehe. Manche bejahen dies, höchstens könnte es aber mit einigem Schein für die gesetzlichen Pfandrechte wegen Forderungen behauptet werden, welche auf einem Contracte beruhen, so daß man hier darauf zu sehen hätte, ob dieser Contract durch ein instrumentum publicum bewiesen werden kann, oder nicht. Aber auch in dieser Beschränkung geht die Meinung über den wörtlichen Inhalt des Gesetzes hinaus, das offenbar eine Collision zwischen Conventionalpfandrechten voraussetzt. Das pignus publicum hat also nur einen Vorzug vor dem Privatconventionalpfandrecht, nicht vor dem gesetzlichen. Mit diesem rangirt es nach dem Alter. Man hat behauptet, es gebe Fälle, die sich dann nicht entscheiden ließen. Dies ist nicht richtig. Wenn ein pignus publicum mit zwei andern concurrirt, von denen es dem einen vorgeht, dem andern nicht, so tritt es für die Summe von jenem an dessen Stelle[2]).

Von der Uebertragung der Priorität.

§. 213.

Es ist möglich, daß jemand in die Stelle eines andern Pfandgläubigers eintritt. Dieser Eintritt kann nicht so geschehen, daß ein bestehendes Pfandrecht mit seiner Priorität auf eine andere Forderung übertragen wird, aber so, daß jemand in eine Forderung mit dem ihr anklebenden Pfandrecht eintritt, entweder durch Cession oder so, daß auch ohne eigentliche Cession doch dasselbe Resultat angenommen wird. Dieser Eintritt in die Stelle eines Pfandgläubigers im Wege einer wirklichen oder fingirten Cession kann Statt finden:

---

2) S. §. 213 zu 4.

1) von Seiten derselben Person: bei der Novation, wenn dieselbe mit dieser Intention geschehen ist. S. das Lehrbuch No. 2.

2) von Seiten einer andern, a) einer Person, die schon bisher Gläubiger und mit einem Pfandrechte an derselben Sache versehen war, welche also neben diesem Forderungs- und Pfandrechte noch ein anderes Forderungs- und Pfandrecht auf dem Wege der Cession erhält; b) einer Person, die bisher Gläubiger war, ohne ein Pfandrecht an diese Sache zu haben; c) einer Person, die bisher noch nicht Gläubiger war. (S. über die einzelnen Fälle das Lehrbuch.)

Zu 3) ius offerendi ist das Recht, einen Pfandgläubiger zu befriedigen und dadurch in seine Stelle einzurücken, das Recht also, den Uebergang der Forderung und des Pfandrechts an sich zu bewirken, gewissermaßen eine erzwungene Cession. Dieses Recht hat jeder Besitzer des Pfandes gegen den mit der actio hypothecaria wider ihn klagenden Pfandgläubiger. (S. §. 215.) Dies ist der am wenigsten singuläre Fall des ius offerendi, denn hier sucht ja der Kläger wirklich seine Befriedigung. Aber das Recht ist auch abgesehen davon jedem Pfandgläubiger an derselben Sache gegeben. Dadurch erhalten die nachstehenden Pfandgläubiger ein Mittel, sich die erste Stelle und damit die Entscheidung über den Verkauf der Sache zu verschaffen, wodurch eine ihnen nachtheilige Entscheidung dieser Frage abgewendet werden kann. Der vorgehende Gläubiger, dem auf diese Weise offerirt wird, kann dies nur dadurch vermeiden, daß er seinerseits den Offerenten abfindet. Außerdem kann im Fall seiner Weigerung das Resultat durch gerichtliche Deposition des Geldes erreicht werden. Hat aber jemand mehrere Pfandrechte an derselben Sache (z. B. er ist erster und vierter Pfandgläubiger), so muß wegen aller offerirt werden, weil er sonst ja gleich selbst wieder offeriren könnte. Dies ist immer der Fall, wenn jemand durch das ius offerendi selbst zur ersten Stelle gelangt ist. Wenn mehrere das ius offerendi ausüben wollen, so muß der nähere vorgehen, diesem kann dann von den folgenden wieder in jener Weise (für das erworbene und sein eigenes Pfandrecht) offerirt werden.

Schutz des Pfandrechts.

§. 214.

S. das Lehrbuch.

Hypothecarische Klage.

1. Bei verpfändeten Sachen.

§. 215.

Aus dem Pfandrechte als ius in re entspringt die actio serviana und quasi serviana, oder allgemein die **hypothecaria in rem actio, vindicatio pignoris.** Sie ist durchaus der rei vindicatio nachgebildet; der Unterschied zwischen beiden Klagen liegt vor Allem in dem Grund der Klage, und damit hängt denn auch zusammen, daß in Beziehung auf den Gegenstand die Eigenthümlichkeit des Zweckes, der erreicht werden soll, gewisse Verschiedenheiten hervorbringt.

Die Anstellung der Klage setzt regelmäßig voraus, daß die Zeit zur Ausübung des Pfandrechts gekommen sei, der Regel nach soll dadurch der Verkauf vorbereitet werden. Doch findet sie auch außerdem Statt, wenn ein genügendes Interesse nachgewiesen wird, z. B. Gefahr des Verlustes. Der Beklagte wird aber hier durch Caution befreit. Jener Grundsatz gilt auch vom Faustpfand, insofern daraus die hypothecaria angestellt wird. Zwar hat der Gläubiger hier stets das Recht, zu besitzen, aber dies kann er nicht mit der hypothecarischen Klage geltend machen. Für diese ist das Faustpfand wie die Hypothek; jenes besondere Element des Faustpfandes kommt bei diesem Rechtsmittel nicht in Betracht, eben weil es nicht aus dem Faustpfand als solchem, sondern aus dem Rechte, hinsichtlich dessen beide gleichstehen, entspringt.

Der Beweis richtet sich 1) auf die Verpfändung, 2) darauf, daß die Sache in bonis des Verpfänders war. Die Forderung braucht nicht bewiesen zu werden, ausgenommen beim gesetzlichen Pfandrecht. Auch braucht der Kläger nicht zu beweisen, daß er prior creditor ist, denn auch der nachstehende ist nicht (abgesehen von dem vorgehenden) von der Klage ausgeschlossen. Nur wenn der Beklagte die Exceptio entgegenstellt, daß er selbst Pfandgläubiger sei, siegt der Kläger bloß in dem Falle, wenn er ein vorzüglicheres Pfandrecht beweist.

Einreden s. Lehrbuch. Die exceptio excussionis hat den Zweck, daß der Kläger seine Befriedigung vorher auf andere Art suche, von einer andern Person oder von einer andern Sache.

Die exceptio excussionis personalis hat der dritte Pfandbesitzer; sie besteht in der Verweisung an den Schuldner oder Bürgen. Manche wollen eine Ausnahme machen bei der speciellen Verpfändung nach Nov. 112.[1]). Doch die Novelle spricht nur von der Veräußerung der Sache cum suo onere. — Diese Einrede fällt weg, wenn die Klage aus rechtlichen oder factischen Gründen nicht angestellt werden kann, z. B. wegen Verjährung, Insolvenz, Abwesenheit. Im letzten Falle wird eine Frist durch den Richter gestellt, innerhalb deren der Beklagte den abwesenden Schuldner stellen kann. Streitig ist, ob die exceptio zulässig sei, wenn die Person, gegen welche die Klage angestellt werden soll, in Concurs gerathen ist. Der Pfandgläubiger braucht sich nicht in den Concurs einzulassen, wenn er seine Befriedigung lediglich aus einer nicht zur Concursmasse gehörigen Sache sucht. Dieser ganz unzweifelhafte Grundsatz würde umgestoßen sein, wenn ihn der Besitzer der Sache dazu zwingen könnte. Davon ist in der Novelle, welche diese Einrede eingeführt hat, nichts enthalten. Mithin fällt die exceptio weg.

Die exceptio excussionis realis verweist den Gläubiger an ein anderes Pfand. Man hat unter dieser Exceptio Fälle hereingezogen, die gar nicht dahin gehören. Wenn bei einer mehrfachen Verpfändung die eine nur subsidiär war, so besteht dieses in subsidium gegebene Pfandrecht gar nicht, bis seine Bedingung existirt, also so lange noch das andere ein Befriedigungsmittel darbietet. Jeder Beklagte kann also das Pfandrecht negiren, natürlich auch der Verpfänder selbst. Stillschweigend soll eine solche Subsidiarität angenommen werden, wenn generell und speciell zugleich verpfändet ist (z. B. mein Haus und überhaupt alle meine Güter), es soll hier die generelle Verpfändung stets als subsidiäre gelten, wenn nicht dem Gläubiger ausdrücklich die Wahl, das ius variandi, freigestellt ist.

Der einzige Fall der exceptio excussionis realis ist folgender: wenn bei einer Verbindung der speciellen und generellen Verpfändung die Klage auf Sachen aus der generellen Verpfändung angestellt wird, welche im Besitz eines nachstehenden Pfandgläubigers sich befinden, so kann hier dieser verlangen, daß der Gläubiger zuerst seine Befriedigung aus dem Specialpfandrecht

---

1) Vergl. Note i des Lehrbuchs.

suche, damit er nicht ohne Noth sein Pfand verliere. Die Billigkeit schien dies zu fordern; die exceptio hängt hier gar nicht von der Intention der Verpfändung ab. Sie findet aber auch nur in jenem Fall statt, nicht wenn der Gläubiger aus der speciellen Verpfändung klagt.

So wie diese Einreden Modificationen der Grundsätze von der rei vindicatio sind, die aus dem Zwecke der hypothecarischen Klage fließen, so sind auch die Früchte nur insofern sie zur Befriedigung des Gläubigers dienen, Gegenstand der Klage, da der Gläubiger nur insoweit einen Anspruch auf Sache und Accessionen hat.

2. Bei verpfändeten Rechten.

§. 216.

Bei verpfändeten Sachen ist die hypothecaria eine utilis vindicatio rei, und wenn nur der Usucapionsbesitz des Verpfänders nachgewiesen werden kann, die utilis publiciana. Ebenso verhält sich bei der Verpfändung der emphyteusis und superficies die actio hypothecaria zu der in rem actio emphyteuticaria etc., und bei der Verpfändung des Usus fructus durch den Usufructuar zur confessoria des Usufructuars.

So ist es auch bei dem subpignus; hier hat der Pfandgläubiger die Klage des Verpfänders als utilis hypothecaria, welche als für diesen Fall cedirt betrachtet wird.

Bei dem pignus nominis hat der Pfandgläubiger die persönliche Klage als utilis actio, gleich einem Cessionar. Ein sehr großer Irrthum war es, wenn manche frühere Juristen hier eine dingliche Klage des Pfandgläubigers angenommen haben. Auch wenn Forderungen wie Sachen verpfändet würden, so würde doch eine dingliche Klage nicht denkbar sein.

Zum Theil hängt damit zusammen, daß man die exceptio excussionis hieher hat anwenden wollen. Bei der actio hypothecaria auf eine Sache hat sie den Sinn, daß dem Besitzer die Sache nicht ohne Noth entzogen werden soll. Davon kann hier nicht die Rede sein; der Schuldner muß doch bezahlen, gleichviel ob dem Pfandgläubiger oder seinem Gläubiger, und jenem nicht früher als diesem.

Man hat sich für jene Anwendung der Exceptio auf eine

Coderstelle [1]) berufen wollen, wo allerdings die exceptio excussionis personalis bei einem pignus nominis gegeben werde.

Diese Stelle sagt: der Fiscus soll die Schuldner seines Schuldners nicht eher angreifen können, als wenn dieser insolvent ist. Sie bezieht sich gar nicht auf das beneficium excussionis, welches damals (zu Diocletian's Zeiten) noch nicht existirte, und auch nicht auf ein pignus nominis, welches dem Fiscus bestellt wäre, sondern auf die Execution durch Auspfändung. Diese kann sich auch auf die nomina erstrecken, aber nicht, so lange andere Befriedigungsmittel existiren, was auch für den Fiscus gelten soll, selbst in Beziehung auf Forderungen, für die er ein gesetzliches Pfandrecht an allen Gütern des Schuldners hat, also auch für die nomina.

Interdictum salvianum.

§. 217.

Das interdictum salvianum ist dem Pfandgläubiger gegeben, um den Besitz der verpfändeten Sache zu erlangen, es ist ein interdictum adipiscendae possessionis, also kein possessorisches Interdict, sondern ein zum Schutz des Rechts dienendes. Daher gilt es nicht für den Faustpfandgläubiger, weil dieser schon einmal im Besitz war.

Es ist gegeben worden für den Verpächter, dem die invecta et illata verpfändet sind, also für den Fall, für welchen zuerst die hypothecarische Verpfändung eingeführt worden ist. Das interdictum salvianum war hier der Vorläufer der actio serviana. Nachdem dieser vollkommnere Schutz eingeführt worden war, wurde es eigentlich unnöthig; man ließ es indessen stehen, dehnte es aber wenigstens nicht auf die übrigen Fälle der hypothecarischen Verpfändung aus. Ueberall, wo seiner Erwähnung geschieht, wird es nur für jenen Fall erwähnt. Man hat geglaubt, in einer Stelle [1]) werde das Interdict nebenher auch bei einem andern Pfandrecht zugelassen. Diese Meinung beruht auf einem Mißverständnisse. Die Worte: adversus conductorem debitoremve heißen

1) L. 4. C. quando fiscus vel privat. (4, 15): Non prius ad eos, qui debitoribus fisci nostri sunt obligati, actionem fiscalem extendi oportere, nisi patuerit, principales reos idoneos non esse, certissimi iuris est.

1) L. 1. C. h. t. (8, 9): Si te non remittente pignus debitor tuus ea, quae tibi obnoxia sunt, venum dedit, integrum tibi ius est ea persequi, non interdicto salviano, id enim tantummodo adversus conductorem debitoremve competit, sed serviana actione, vel quae ad exemplum eius instituitur utilis adversus emtorem exercenda (Gordian.).

nicht: gegen den Pächter oder einen andern Schuldner, sondern die Stelle sagt: das Interdict findet in dem vorliegenden Fall nicht Statt aus zwei Gründen: 1) weil der Beklagte nicht conductor; überdies abgesehen davon 2) weil er nicht debitor ist.

Das Interdictum beruht auf der Fiction eines Faustpfandes und eines Precariums, es ist also nichts anderes, als ein utile interdictum de precario. Daraus beantwortet sich die sehr bestrittene Frage, gegen wen es angestellt werden kann. Es findet Statt gegen den, gegen welchen das interdictum de precario geht, also nur gegen den Verpfänder, nicht gegen den dritten Besitzer. Dies wird auf das Bestimmteste ausgesprochen in der oben citirten Stelle. Dessenungeachtet behaupten Viele: es könne auch gegen einen Andern, wenigstens gegen den Käufer angestellt werden, und berufen sich deshalb auf eine Pandektenstelle[2], welche aber folgendermaßen zu erklären ist:

1) Die Worte: adversus extraneum stehen nur im Gegensatz zu inter ipsos; der Pächter selbst ist der extraneus.

2) Die Worte: apud emtorem heißen: das Interdict erstreckt sich auch auf die Frucht bei dem Käufer; es wird nicht gesagt, daß der Käufer selbst belangt werden kann.

3) hat man sich darauf berufen, daß der Jurist von einem utile interdictum, dagegen die L. 1. C. cit. nur vom directum spreche. Dies wäre absurd bei einem rescribirenden Kaiser; utile ist eben das salvianum selbst. Nur gegen den, der die Sache als angeblicher Pfandgläubiger besitzt, findet es Statt.

Das interdictum entscheidet den Rechtsstreit so definitiv, wie die actio, eben weil es kein possessorisches Interdict ist. Für uns ist es eigentlich eine bloße Antiquität. Die Praktiker aber haben es als provisorische hypothecaria behandelt, und darum auch nicht auf jenen Fall eingeschränkt, sondern es jedem Pfandgläubiger geben wollen. Diese Praxis ist zu verwerfen.

2) L. 1. D. h. t. (43, 33): Si colonus ancillam in fundo pignoris nomine duxerit et eam vendiderit, quod apud emtorem ex ea natum est, eius adprehendendi gratia utile interdictum reddi oportet. Si colonus res in fundum duorum pignoris nomine intulerit, ita ut utrique in solidum obligatae essent, singuli adversus extraneum salviano interdicto recte experiuntur. Inter ipsos vero si reddatur hoc interdictum, possidentis conditio melior erit. At si id actum fuerit, ut pro partibus res obligaretur, utilis actio et adversus extraneos et inter ipsos dari debebit, per quam dimidias partes possessionis singuli adprehendent. Idem servari conveniet, et si colonus rem, quam cum alio communem habebat, pignoris nomine induxerit, scilicet ut pro parte dimidia pignoris persecutio detur.

Beilagen.

I.

Von der Kraft des Gewohnheitsrechts gegenüber den Gesetzen.

Es ist ein alter Streit über die Kraft des Gewohnheitsrechts gegenüber den Gesetzen. Seit dem Mittelalter hat es nicht an Juristen gefehlt, die behaupteten, in einem Conflict zwischen beiden weiche stets das erste. Andere haben dem Gewohnheitsrecht gegenüber Gesetzen wenigstens nur eine beschränkte Wirksamkeit zuerkannt. Diese Beschränkungen waren verschiedener Art, bald wurde jene Kraft nur gewissem Gewohnheitsrecht, so der desuetudo, nicht der consuetudo, bald nur gegen gewisse Gesetze z. B. nur gegen Dispositivgesetze zugestanden.

Die schlechthin gleiche Kraft des Gewohnheitsrechts mit dem gesetzlichen ist an einem andern Ort [1]) aus innern Gründen dargethan worden. Diese gleiche Kraft besteht darin, daß jenes diesem nur da weicht, wo ebenso auch ein Gewohnheitsrecht dem andern Gewohnheitsrecht, ein Gesetz dem Gesetz weichen würde.

Hier soll dargethan werden, daß diese Ansicht auch den Aussprüchen des römischen Rechts vollkommen adäquat ist. Dies ist schon deswegen wichtig, weil eine von den einschlagenden Stellen desselben mehr als alles dazu beigetragen hat, jene Irrthümer hervorzurufen oder zu befestigen.

Von einer Pandektenstelle wird allerdings gewöhnlich anerkannt, daß sie jene gleiche Kraft entschieden ausspreche, wiewohl man doch auch hier vielfach versucht hat, sie mehr oder weniger mit der entgegengesetzten Meinung in Einklang zu bringen.

L. 32 D. de legib. (1, 3): De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est, et si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens ei est: si nec id quidem appareat, tunc ius, quo urbs Roma utitur, servari oportet. §. 1. Inveterata consuetudo

1) Vgl. §. 11.

pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum. Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes, nam quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis? Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.

De quibus — consequens ei est. Der Jurist führt die drei Rechtsquellen auf: Gesetzliches Recht, Gewohnheitsrecht, Wissenschaft. Manche haben hier eine Bestätigung der Behauptung gefunden, daß nur consuetudo praeter legem zu berücksichtigen sei. Dann würde Julian sich entschieden widersprechen. Aber der Fall, daß geschriebene Gesetze fehlen, ist nicht als Bedingung der Anwendung, sondern als vornehmliche Veranlassung aufgestellt. Der Jurist sagt: wenn kein geschriebenes Recht vorhanden ist, so darf der Richter nicht glauben, daß er darum von Entscheidungsnormen entblößt sei, es giebt noch zwei andere Rechtsquellen, aus denen er schöpfen kann.

Si nec — oportet. Die Stelle ist aus dem letzten Buch des Julianischen Digestenwerks genommen. Wie in dem Justinianischen, so stand auch dort wahrscheinlich das Municipalwesen am Ende. Daraus erklärt sich dieser Passus. Die Municipalverhältnisse hatten zur Grundlage die lex iulia municipalis, von der ein Bruchstück in der tabula heracleensis erhalten ist. Es galt der Grundsatz, daß wenn kein besonderes Recht existirte, das Municipalrecht der Stadt Rom angewendet wurde. Wahrscheinlich war dies in der lex iulia selbst ausgesprochen, was durch die tabula heracleensis bestätigt wird, welche wirklich mehrere ursprünglich für Rom bestimmte Vorschriften auf die Municipien überträgt.

Inveterata consuetudo etc. Der Jurist hebt eine jener Quellen noch besonders hervor. Die lex municipalis schließt die Gültigkeit des Gewohnheitsrechts nicht aus, dasselbe wird vielmehr gleich einem Gesetz geachtet, eine inveterata consuetudo, d. h. die sich durch ihre constante Dauer als Ausdruck der Volksüberzeugung darstellt, „das Recht, welches durch Sitte festgestellt ist": nicht entstanden, aber befestigt und bekräftigt.. Die Worte pro lege haben den besondern Sinn: gleich einem Volksschluß. Es wird nämlich ein doppeltes Recht unterschieden: quod legis vicem

obtinet und non obtinet. Julian will ausführen, daß dem Gewohnheitsrecht jene höhere Kraft zukomme und zeigt dies auf doppelte Art, einmal aus der Entstehung des Rechts, und dann aus der ihm zuerkannten Wirkung.

Nam cum ipsae leges etc. Julian erklärt nicht die Kraft des Gewohnheitsrechts überhaupt aus der Volkssouveränetät, sondern diese besondere Art von Kraft, zur Beantwortung jener dem römischen Recht eigenthümlichen Frage. Dasselbe thut Ulpian in L. 1. D. de const. princ. (1, 4), der Princeps erhält durch eine Lex sein Imperium und zwar mit dieser Kraft. Wollte man daher die Kraft des Gewohnheitsrechts mit der republikanischen Verfassung identificiren, so müßte man dasselbe auch thun für die Gesetze der Fürsten.

Quare rectissime etc. Julian will diese Kraft des Gewohnheitsrechts nicht durch das Vorhergehende erst beweisen, sie steht ihm vielmehr als eine entschiedene Thatsache fest. Er gebraucht sie umgekehrt, um seinen Satz, daß es legis vicem hat, zu bestätigen. (Legislatoris ist offenbar eine Interpolation, und dies ist wichtig, es beweist, daß die Stelle nicht blos einen historischen Charakter haben sollte: „Nicht blos durch den Gesetzgeber, wer dieser auch sein möge, werden Gesetze aufgehoben, sondern auch durch die stillschweigende Ueberzeugung des Volks, welche sich in der constanten Nichtanwendung des Gesetzes (desuetudo) zu erkennen giebt.")

Man hat sich an das Wort desuetudo geheftet und davon die consuetudo legi contraria unterscheiden wollen. Aber in jedem Gewohnheitsrecht gegen ein Gesetz ist eine desuetudo legis enthalten, und blos auf diese (negative) Seite kommt es hier an. Die positive, das andere Recht, das an seine Stelle tritt, versteht sich von selbst. Jene Meinung enthält die Absurdität: das Gewohnheitsrecht kann ein Gesetz aufheben, aber doch, nachdem es aufgehoben ist, nicht etwas anderes an seine Stelle setzen!

Die folgende Coderstelle ist es besonders, welche den oben erwähnten Irrthum veranlaßt und befestigt hat.

L. 2 C. quae sit longa consuet. (8, 35): Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, sed non usque adeo sui valitura momento, ut rationem vincat aut legem (Constantin.).

Bei den bisherigen Auslegungen sind zu unterscheiden 1) solche, die auf ein falsches Resultat führen, 2) solche, deren

Resultat an sich nicht unrichtig, aber nicht im Gesetz Constantins enthalten, oder nicht nachgewiesen ist.

A. Interpretationen mit falschem Resultat:

1) Das Gesetz schließe schlechthin die Möglichkeit der Aufhebung der Gesetze durch Gewohnheitsrecht aus. Hier wäre eine Antinomie zwischen Pandekten und Codex. Manche haben zwar der Pandektenstelle einen bloß historischen Charakter gegeben, was aber durchaus unrichtig ist, s. oben. Ebenso geht das Gegentheil daraus hervor, daß die Institutionen dieselbe Möglichkeit einer Aufhebung anerkennen, ja sogar die Novellen Justinian's. Wäre aber ein Widerspruch zwischen Digesten und Codex, so müßte nach der wahren Behandlung der Antinomie die Frage aus innern Gründen entschieden werden.

2) Unterscheidung von consuetudo legi contraria und desuetudo s. oben.

3) Constantin spreche von leges cogentes, Julian von dispositivae [1]). Aber dies ist ein willkührlich in die Stelle hineingetragener Zusatz, überdies ein falscher. Denn der Unterschied zwischen beiden Gesetzen liegt nur in der Möglichkeit der Ausschließung der Anwendung durch Privatwillen, nicht in der leichteren Art der Aufhebung.

4) Ebenso unrichtig ist die neueste Erklärung von Vangerow [2]): es sei von einem Gesetz die Rede, welches künftiges Gewohnheitsrecht verbiete, gegen dieses könne kein Gewohnheitsrecht aufkommen. Auch dies wäre nur ein Vielleicht; aber auch der Satz selbst ist falsch. Ein Gesetz kann kein künftiges Gesetz aufheben, eben so wenig ein künftiges Gewohnheitsrecht.

B. Interpretationen mit richtigem, aber nicht im Gesetz enthaltenen Resultat.

1) Constantin sage nur, das Gewohnheitsrecht habe nicht eine größere Kraft als Gesetze, er spreche von einem früheren Gewohnheitsrecht im Verhältniß zu einem neuen Gesetze. Kein Wort der Stelle deutet dies an. Vielmehr ist die Verbindung von lex und ratio dagegen, bei der letzteren kann man nicht von Früher oder Später reden.

2) Constantin spreche von einer particulären Gewohnheit

---

1) So z. B. Mühlenbruch Lehrbuch §. 38.
2) Leitfaden §. 16.

gegenüber einem gemeinen Gesetz, das zugleich particuläre Abweichungen ausschließt [1]). Dies möchte der Wahrheit theilweise im Resultat am nächsten kommen, aber es fehlt an der Nachweisung, wie dies in den Worten enthalten sein soll.

Die richtige Erklärung wird einen in den Worten wirklich ausgesprochenen Sinn geben, und zugleich alle Ausdrücke erklären müssen, was bisher namentlich hinsichtlich der Worte: sui momento nicht der Fall war.

Alle früheren Interpreten haben übersehen, daß das Gesetz nicht eigentlich ein Gewohnheitsrecht voraussetzt, sondern blos die äußere Erscheinung nennt: consuetudinis ususque longaevi. Dies Wort wird nicht selten für das darin manifestirte Recht selbst gebraucht, aber im eigentlichen Sinn bezeichnet es nur die Erscheinung.

Die Gewohnheit ist das Erkenntnißmittel des Gewohnheitsrechts, und sie hat darum eine bedeutende Autorität. Aber diese Autorität ist eben nur jene Eigenschaft als Zeugniß eines Rechtssatzes, die Gewohnheit hat sie nicht selbstständig und um ihres eigenen Gewichts willen, nicht sui momento, sondern sie entlehnt dieselbe von dem in Frage stehenden Rechtssatz. Wenn Gründe existiren, welche einen solchen Rechtssatz ausschließen, so kann sie diese nicht überwinden, denn dann wäre eine consuetudo ohne Rechtssatz vorhanden, sie würde sui momento auf Autorität Anspruch machen, das kann sie nicht. Jene Gründe können innere sein, diese werden hier wie anderswo unter ratio verstanden [2]), oder äußere, namentlich ein Gesetz, mit dem sich der fragliche Rechtssatz nicht verträgt. Beispiele von dem ersten sind: Straflosigkeit eines Delicts, unbegränzte Selbsthülfe, von dem zweiten: Verbot in der Stadt zu begraben, welches unter den Imperatoren über das ganze Reich ausgedehnt wurde, mit Ausschließung particulärer Abweichungen. Beriefe sich nun eine Stadt auf eine inveterata consuetudo, so werden wir sagen müssen, eine consuetudo ist da, ein Umstand, dem wir sonst keine geringe Autorität bei der Erkenntniß des Rechts beimessen. Nur ist nicht zu vergessen, daß sie diese nicht sui momento hat, sondern als Zeugniß

1) So Savigny System I. Beilage II.

2) So z. B. in L. 7 in fin. de adquir. dom. (41, 1): — — rationem enim non permittere, ut alterius arbor intelligatur, quam cuius fundo radices egisset.

eines sie beseelenden Rechtssatzes. Dieser Rechtssatz würde ein particulärer sein, ein solcher ist aber unmöglich, so lange jenes Gesetz besteht. Dasselbe kann aufgehoben werden, aber nur durch ein anderes gemeines Gewohnheitsrecht oder gesetzliches Recht, nicht durch particuläres Gewohnheits- oder gesetzliches Recht.

Constantin sagt also: die Autorität der Gewohnheit und des Herkommens ist nicht gering, aber sie ist nicht eine selbstständige und auf eigener Kraft beruhende, dergestalt daß sie eine innere Nothwendigkeit oder ein Gesetz, welches den fraglichen Rechtssatz unmöglich macht, zu überwinden vermöchte.

Die Stelle handelt nicht von der Kraft eines Gewohnheitsrechts, dem wir diese Eigenschaft wirklich zusprechen müßten, sondern von einem Mangel dieser Eigenschaft. Nicht von einem Gewohnheitsrecht, das geringere Wirkung als das gesetzliche hätte, sondern von einer Gewohnheit, die kein Gewohnheitsrecht enthält. Sie läugnet für gewisse Fälle nicht die Kraft des Gewohnheitsrechts, sondern seine Existenz.

II.

Von der Handlungsfähigkeit der Minderjährigen.

Nicht jeder Rechtsfähige ist handlungsfähig, d. h. fähig durch seine Handlungen auf Rechtsverhältnisse einzuwirken, eine rechtliche Wirkung dadurch hervorzubringen. So kann das Alter ein Hinderniß der vollkommenen Handlungsfähigkeit sein und drei Altersstufen sind hier zu unterscheiden: 1) infantes, vollkommen Handlungsunfähige, 2) impuberes, beschränkt Handlungsfähige, 3) puberes, vollkommen Handlungsfähige.

Die Beschränkung der Impuberes beruht darauf, daß ihnen der Verstand und die Einsicht in das Wesen und den Zweck der juristischen Handlungen, namentlich der Rechtsgeschäfte mangelt, was schlechthin angenommen worden ist. Sie sind daher unfähig: 1) zu Veräußerungen, 2) zu Verpflichtungen, 3) zu gewissen Formen, ganz abgesehen von dem Inhalt des Geschäfts (civilia negotia). Aber es giebt eine Anstalt im Recht, durch deren Anwendung sie Handlungen mit voller Wirkung vornehmen können, die tutoris auctoritas. Dies setzt freilich voraus, daß sie sui iuris sind, ohne die auctoritas aber sind jene Handlungen schlechtweg nichtig.

Puberes sind vollkommen handlungsfähig. Diese Handlungsfähigkeit kann allerdings zu ihrem Nachtheil ausschlagen, denn müssen wir ihnen auch das Judicium zuschreiben, welches den Impuberes fehlt, so können wir ihnen doch in der Jugendzeit noch nicht die Erfahrung und Ueberlegung beimessen, welche der richtige Gebrauch des Verstandes in jedem Fall bedingt. Soll uns diese Erwägung zur Festsetzung einer Handlungsunfähigkeit bewegen? Das römische Recht hat das nicht gethan, dagegen hat es den nachtheiligen Einflüssen der Handlungsfähigkeit für die früheren Jahre der Pubertät begegnet durch zwei Institute, die in integrum restitutio und die Cura.

In welchem Verhältniß stehen nun diese Institute zur Handlungsfähigkeit? Die in integrum restitutio hebt die Handlungsfähigkeit nicht auf, sie setzt dieselbe vielmehr voraus und schützt die Minderjährigen nur gegen ihre nachtheiligen Folgen. Ebensowenig wird die Handlungsfähigkeit durch die Cura aufgehoben.

Der Einfluß der Cura auf Rechtsgeschäfte bestimmt sich im allgemeinen so. Die Administration des Vermögens ist dem Curator gegeben, und darum dem Minderjährigen entzogen. In dieser Administration liegt die Entscheidung über gewisse Rechtsgeschäfte, namentlich solche, wodurch das Vermögen verringert, etwas daraus hinweggenommen wird. Die Fähigkeit zu diesen Geschäften wird dem Minderjährigen nicht entzogen, er kann die Handlung allein vornehmen (er bedarf nicht wie der Impubes eines Beistandes, aber die Entscheidung, ob sie vorgenommen werden sollen, fällt dem Curator zu, sie bedürfen des Consenses des Curators, der aber nicht eine Ergänzung der Handlungsfähigkeit ist, wie die auctoritas tutoris).

Das Resultat ist: hat der Minderjährige keinen Curator, und ist ein nachtheiliges Geschäft eingegangen, so hat er nur das Rechtsmittel der in integrum restitutio; hat er dagegen einen Curator, und er ist ein Geschäft eingegangen, wozu der Consens nöthig ist, so ist ohne diesen das Geschäft ipso iure nichtig. Hat er den Consens erhalten (vorher oder nachher), so ist das Geschäft ipso iure gültig, auch kann er es ohne seinen Curator, ohne dessen Beistand abschließen, hier ist er also wieder auf die in integrum restitutio verwiesen [1]. Demzufolge hat also die

1) Vgl. L. 3. C. de in int. rest. minor. (2, 22.)

Cura keinen Einfluß auf die Handlungsfähigkeit im eigentlichen Sinn, die Möglichkeit in Rechtsgeschäften für sich und selbstständig aufzutreten, aber einen indirecten, insofern diese Handlungsfähigkeit bei gewissen Rechtsgeschäften nichts nützt, wenn der (vorausgehende oder nachfolgende) Consens fehlt. — Man kann daher sagen: der minor curatorem habens ist nicht in seiner Handlungsfähigkeit, aber in seiner Dispositionsfähigkeit beschränkt (d. h. eben in der Administration).

Es entsteht nun die Frage: Zu welchen Geschäften ist der Consens nothwendig?

1) Gewiß ist er nicht nothwendig zu Geschäften, die das Vermögen nicht berühren, z. B. Verlöbnissen, Eheschließungen.

2) Ebenso gewiß aber ist er nothwendig zu Veräußerungsgeschäften (S. L. 3 cit.).

3) Bestritten ist die Frage, ob er zu Verpflichtungsgeschäften nothwendig ist. Verneinen wir dieselbe, so ist der Minor rein auf die in integrum restitutio verwiesen. Bejahen wir sie, so behaupten wir nicht die Nothwendigkeit des Beistandes des Curators, aber seines Consenses bei Vermeidung der Nichtigkeit.

Nach der gemeinen Meinung ist der Consens nothwendig und dies wird auch durch die Anwendungen bestätigt, welche in §. 51 angegeben sind. In der That wäre es ganz ungehörig, Veräußerung und Verpflichtung zu trennen, beides läuft in einander; wer sich verpflichtet, hat in der That (wenn auch noch nicht formell) etwas veräußert, die Schuld ist ein Minus seines Vermögens.

Nun kommt eine Stelle vor, von der man geglaubt hat, sie enthalte das Gegentheil.

L. 101 D. de V. O. (45, 1): Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari. (Modestin.)

Die gemeine Meinung hat sich dadurch nicht irre machen lassen, aber sich dagegen auf sehr unzulässige Weise vertheidigt. So hat man gesagt: Modestin spreche von Stipulationen, die nicht das Vermögen betreffen (Verlöbnissen, wobei wohl auch die Worte spondeo etc. gebraucht werden). Aber die Stelle handelt von Obligationen, und diese betreffen immer das Vermögen. Ferner hat man sine curatoribus so verstanden: „die keine Curatoren haben"; offenbar gegen die Worte. Endlich hat man sich mit Emendationen zu helfen gesucht: sine curatoribus con-

stituti, — sine curatoribus sui — obligare, die völlig verwerflich sind.

Auf der andern Seite giebt es Juristen, welche auf diese Stelle hin die Meinung aufgestellt haben: Verpflichtungsgeschäfte bedürften nicht des Consenses, so Marezoll, Savigny, eine Ansicht, welche nur diese Stelle zur Grundlage hat und mit den vorhin angeführten äußern und innern Gründen im Widerspruch steht.

Alle bisher erwähnten Interpreten haben das mit einander gemein, daß sie etwas in die Stelle hineintragen, was nicht darin liegt und dadurch erst die Schwierigkeit selbst geschaffen haben, welche sie an sich nicht darbietet. Man hat nämlich die Worte sine curatoribus suis verstanden: sine consensu curatorum. Die Worte können, um recht billig zu sein, zweierlei heißen: ohne den Consens, und ohne den Beistand der Curatoren; wir haben also die Wahl der Bedeutung, welche mit dem übrigen Recht conform ist, und das ist die letzte. Aber diese ist auch sprachmäßig die am nächsten liegende, wir können nicht einmal sagen, daß die Worte jene beiden Bedeutungen gleichgut haben können. Bei der zweiten Bedeutung setzen wir im Grunde nichts zu, während dies bei der ersten der Fall wäre.

Also sagt Modestin nur: die Cura beschränkt nicht die eigentliche Handlungsfähigkeit der Puberes, sie können ohne ihre Curatoren verpflichteten Contracte schließen, Impuberes dagegen nicht sine tutoribus suis, eben weil die letzteren in ihrer Handlungsfähigkeit beschränkt sind, die ersteren nicht. Ueber den Consens erklärt er sich gar nicht.

III.

Ueber die Beschaffenheit des Irrthums als Motiv einer Handlung.

Bei der Lehre vom Irrthum als Motiv einer Handlung oder Unterlassung sind zwei Fragen wichtig und zu unterscheiden:

1) in welchen Fällen hat überhaupt dieser Irrthum eine rechtliche Bedeutung? Die Antwort auf diese Frage lautet: die rechtliche Bedeutung ist nur die Ausnahme.

2) von welcher Beschaffenheit muß der Irrthum sein, wenn

er in diesen (Ausnahms-) Fällen berücksichtigt werden soll? Die Regel ist: nur der error facti wird berücksichtigt, nicht der error iuris. Ausnahmen von dieser Regel finden unter andern zu Gunsten der Frauen in gewissen Fällen Statt.

Streitig ist es, wie sich zu diesen Grundsätzen die folgenden Stellen des geschriebenen Rechts verhalten.

L. 7. 8. D. de iur. et f. ign. (22, 6.): Iuris ignorantia non prodest adquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet. — Error facti ne maribus quidem in damnis vel compendiis obest, iuris autem error nec feminis in compendiis prodest, ceterum omnibus iuris error in damnis amittendae rei suae non nocet (Papin.).

Manche Juristen haben diese Stellen auf die erste Frage beziehen wollen und behauptet, sie gäben eine Entscheidung ab über die Fälle, wo der Irrthum rechtlich in Betracht komme. Ihr Inhalt wäre demnach: jeder Schaden solle durch einen Irrthum beseitigt werden können, nur freilich blos durch einen error facti, nicht einen error iuris, jedoch auch durch diesen, wenn man nur das Seinige erhalten wolle.

Diese Auslegung ist offenbar falsch, denn die Regel ist vielmehr gerade umgekehrt, das Motiv des Irrthums hat keine Wirkung, außer in unbestimmten Fällen.

Andere haben die Stellen mit Recht blos auf die zweite Frage bezogen, indem sie immer einen Fall voraussetzten, in welchem der Irrthum überall berücksichtigt wird. Nach dieser Ansicht sprechen die Stellen also blos von der Beschaffenheit des Irrthums.

Aber auch hier hat man gewöhnlich die Stellen zu sehr generalisirt. Man mußte die Regel anerkennen, daß der Rechtsirrthum schadet. Allein diese Regel soll nach dem Ausspruche jener Stellen nur in compendiis (lucro) gelten, nicht in damno, bei Verminderung des gegenwärtigen Vermögens. Dadurch daß die Regel auf den Gewinn beschränkt wird, würde sie so gut als aufgehoben sein, es läuft beides, Gewinn und Verlust, durcheinander und jene Beschränkung ist auch den speciellen Entscheidungen einzelner Fälle entgegen, z. B. condictio indebiti, ädilitische Klagen, S. C. macedonianum etc. (noch einen Fall giebt L. 29. pr. mand.: der Bürge versäumt eine exceptio aus Rechtsirrthum und hat keinen Regreß deshalb.)

Aus dieser Erwägung folgt, daß die Sätze Papinian's einen viel engern Sinn haben müssen, wenn sie wahr sein sollen, und dieser engere Sinn ist in der That auch den Worten gemäß, wenn sie nur nicht generalisirt werden.

Adquirere volentibus. Papinian setzt bei diesen Worten einen Fall voraus, wo der Irrthum ein Erwerbsgrund ist. Dieses ist der Fall bei der Usucapion, wo die bona fides des Usucapienten ein error facti sein muß. — Allenfalls kann man auch an die Fristen für den Erwerb der bonorum possessio denken.

Suum vero petentibus. Man könnte denken, diese Worte sprächen denselben Satz aus, wie die vorhergehenden, nur von Seiten der andern Partei. Also in Beziehung auf die Usucapion, daß dem Eigenthümer der fremde Besitz unschädlich ist, wenn der Besitzer durch einen iuris error besitzt. Dieser Auslegung steht aber das vero entgegen; wollte man die Worte so erklären, so müßte es heißen: suum igitur petentibus. Also kann nur von einem Irrthum der suum potentes selbst die Rede sein.

Wenn ein Fall vorkommt, bei dem überall der Irrthum berücksichtigt wird (dies ist immer die Voraussetzung — s. oben), und der Fall ist der eines Vindicanten, so schadet der Rechtsirrthum nicht. Ein solcher Fall kommt allerdings vor: die Anerkennung eines Mitfideicommißberechtigten, oder Miterben [1]).

Error facti ne maribus etc. nicht bei allen Nachtheilen, sondern eben nur bei denen, wo der Irrthum eine Hülfe gewährt s. oben.

Nec feminis in compendiis etc. Die Frauen wurden im älteren Recht gegen Nachtheile durch Irrthum in weiterem Maße restituirt als Mannspersonen. Diese Bestimmungen des alten Rechts sind im neuern Recht sehr beschränkt, sexus ist kein Grund der Restitution mehr, wie aetas. Wo nun der Irrthum den Frauen Hülfe gewährt, ist es doch regelmäßig nur der factische. Dies gilt am entschiedensten bei einer Bereicherung, nämlich Schenkung, hier hat schon das ältere Recht die Hülfe wegen

1) L. 79. de leg. II. (31): Quae fideicommissa moriens libertis viri debuit, eorundem praediorum suis quoque libertis fructum reliquit, iuris ignoratione lapsi, qui petere praedia ex mariti testamento debuerunt secundum fideicommissum inter ceteros longo tempore perceperunt; non ideo peremtam videri petitionem prioris fideicommissi constitit.

Rechtsirrthum versagt; ferner bei der **Frist der bonorum** possessio.

Omnibus in damnis amittendae rei suae etc. Hier besonders muß man sich vor dem Irrthum **hüten, als** entscheide die Stelle die Frage über die Fälle, wo der **Irrthum** relevant ist. Es giebt unter den Fällen, wo der Irrthum **von** *Bedeutung* ist solche, in denen auch der Rechtsirrthum berücksichtigt wird, also dem factischen gleichsteht, diese Fälle sind: Betrug, *Nachtheile* der mala fides, Vorwurf des Dolus, irrthümliche Ausstellung einer Caution ohne noch erfolgte Zahlung. Von diesen *Fällen* paßt der letzte vollkommen zu jenem Ausdruck unserer Stelle, der einen Nachtheil bezeichnet, welcher in einem *bevorstehenden* Verlust seinen Grund hat (daß ein Nachdruck auf **amittendae** gelegt werden darf, beweist die Voranstellung des Wortes).

IV.

Von der Civilcomputation.

Die juristische Berechnung ist eine Berechnung, bei welcher der Zeitraum nur als in Tage getheilt genommen wird. Der Tag wird hier nicht wieder getheilt, daher ist jede Stunde gleich und der Anfang des Tags ist auch die Vollendung desselben. Dies drückt die Regel aus: dies coeptus habetur pro completo. Der letzte Tag eines Zeitraums bestimmt sich durch Erfüllung der Summe von Tagen, aus denen die Frist besteht. Ein Zustand beginnt z. B. den 20. November 1845; wenn wir diesen Tag als den ersten rechnen, so ist ein Jahr vollendet am 19. November 1846, und wenn nicht eine Ueberschreitung der Frist gefordert wird, schon am Anfang dieses Tags, also wenn Mitternacht zwischen dem 18. und 19. vorüber ist.

Nach der Ansicht *Savigny's*[1]) soll das Jahr erst *am* Anfang des 20. Novembers vollendet sein, also des Tages, in welchen nach der Naturalcomputation, wo nach Stunden *rc.* gerechnet wird, der Schlußmoment fiele. Dieser Ansicht steht entgegen, daß durch ihre Anwendung der Begriff der Civilcomputation zerstört wird, denn es wird nicht nach Tagen, sondern nach Stunden rc. gerechnet. So z. B. von dem Mittag des *heutigen*

---

1) System §. 182—188.

Tages bis Mittag des morgenden 1 Tag u. s. f. bis von Mittag des 19. November 1846 bis Mittag des 20. November der letzte Tag. Und nun soll doch plötzlich nicht Mittag, sondern schon zwölf Stunden früher die Zeit abgelaufen sein, was in diesem Zusammenhang ganz willkührlich ist. — Schon in dem Begriff der Civilcomputation also liegt der Beweis unserer Ansicht, die savignysche Berechnung ist eine Berechnung nach Stunden, eine Naturalcomputation, nur mit einem abnormen Zusatz.

Aus einer Vergleichung der Stellen des geschriebenen Rechts wird sich ergeben, welche Ansicht die römischen Juristen gehabt haben. Die hauptsächlichsten der hierher gehörigen Stellen sind folgende:

L. 134. D. de V. S. (50, 16): Anniculus non statim ut natus est, sed trecentesimo sexagesimo quinto die dicitur, incipiente plane, non exacto die, quia annum civiliter, non ad momenta temporum, sed ad dies numeramus (Paul.).

non statim ut natus. Diese Bemerkung kann eine doppelte Veranlassung haben: 1) anniculus ist ein Kind, das wenigstens ein Jahr alt, nicht umgekehrt ein Kind, das nicht älter ist; 2) kann dadurch die Analogie von L. 8. D. de munerib. abgewiesen sein.

trecentesimo sexagesimo quinto die, der Jurist rechnet, wie wir; nicht an seinem Geburtstage wird das Kind anniculus, sondern schon an dem Tag vorher. Ferner incipiente die, weil nur das complere, nicht das excedere gefordert wird.

quia annum civiliter etc. Der Character der Civilcomputation besteht eben darin, daß nicht nach kleineren Zeittheilen als Tagen gerechnet wird, daher denn auch Anfang und Ende des Tags in einander fallen, nicht weiter unterschieden werden.

L. 6. 7. D. de usurp. (41, 3): In usucapionibus non a momento ad momentum, sed totum postremum diem computamus. Ideoque qui hora sexta diei calendarum ianuariarum possidere coepit, hora sexta noctis pridie calendas ianuarias implet usucapionem (Ulp.).

Totum etc. Der Tag wird als untheilbare Einheit genommen.

Ideoque etc. Darum ist die Stunde gleichgültig, wenn die Usucapion Mittag den 1. Januar angefangen hat, so vollendet sie sich nicht erst Mittag des folgenden 1. Januars, sondern

Mitternacht pridie calendas. Es entsteht nun die Frage, was soll dies heißen: die sechste Stunde der Nacht, welche zum 31. December gehört? Ist dies die Nacht, die darauf folgt, oder die vorangehende? Offenbar ist die letztere gemeint, denn Ulpian sagt, die Usucapion ist pridie calendas ianuarias vollendet, nach Savigny würde sie erst am Anfang der calendae vollendet sein.

L. 15 pr. D. de div. temp. praescr. (44, 3): In usucapione ita versatur, ut etiamsi minimo momento novissimi diei possessa sit res, nihilominus repleatur usucapio, nec totus dies exigitur ad explendum constitutum tempus.

In usucapione, nicht überall, bei der Klagverjährung gilt dies nicht; s. unten.

L. 1. D. de manum. (40, 1): Placuit eum, qui calendis ianuariis natus, post sextam noctis pridie calendas, quasi annum vicesimum compleverit, posse manumittere. Non enim maiori XX annis permitti manumittere, sed minorem manumittere vetari, iam autem minor non est qui diem supremum agit anni vicesimi (Ulp.).

Diese Stelle ist ganz unzweideutig. Es wird gesagt: calendis ianuariis, ohne Angabe der Stunde, also kann die Differenz nicht blos einen Theil dieses Tages betreffen.

post sextam horam noctis. Würde dies heißen, am 1. Januar, so würden die Worte quasi compleverit keinen Sinn haben. Qui diem supremum agit, sagt die Stelle, kann während dieses dies supremus freilassen; dieser ist aber pridie calendas.

Es konnte gefragt werden, muß der dies supremus überschritten oder nur erreicht (und damit auch vollendet) sein? Der wahre Grund für das letztere ist, daß ein Recht durch Dauer eines Zustandes erworben wird. Der Jurist gebraucht aber hier einen andern, äußeren, in die Augen fallenderen Grund, nämlich daß das Gesetz sagt: der Minor soll nicht freilassen, nicht, der Major darf freilassen. Im letzteren Fall könnte man sagen, ein excedere sei in den Worten enthalten, in jener Fassung des Gesetzes dagegen ist es gewiß nicht enthalten.

L. 5. D. qui testam. (28, 1): A qua aetate testamentum vel masculi vel feminae facere possunt, videamus. Verius est in masculis quidem quartum decimum annum spectandum, in femi-

nis vero duodecimum completum. Utrum autem excessisse debeat quis quartum decimum annum, ut testamentum facere possit, an sufficit complesse? Propone aliquem calendis ianuariis natum testamentum ipso natali suo fecisse quarto decimo anno, an valeat testamentum? Dico valere. Plus arbitror, etiam si pridie calendarum fecerit post sextam horam noctis, valere testamentum, iam enim complesse videtur annum quartum decimum, ut Marciano videtur (Ulp.).

Dies ist die allerunzweifelhafteste Stelle. Sie ist aber auch von demselben Juristen, von dem die meisten der vorigen herrühren. Also ist keine Controverse anzunehmen. Die Worte: ut Marciano videtur beziehen sich zunächst auf die Frage: ob complere oder excedere zu fordern ist.

Q. Mucius apud Gellium N. A. III. 2.: Q. quoque Mucium I. C. dicere solitum legi, lege non isse usurpatum mulierem, quae Calendis ianuariis apud virum causa matrimonii esse coepisset, et ante diem quartum Calendas ian. sequentes usurpatum isset. Non enim posse impleri trinoctium quod abesse a viro usurpandi causa ex XII tabulis deberet, quoniam tertiae noctis posteriores sex horae alterius anni essent, qui inciperet ex Calendis.

Die Manus entsteht usu, die zwölf Tafeln haben aber eine Möglichkeit der Verhütung der Manus angeordnet, ohne die Ehe aufzuheben. Dies geschah durch eine Unterbrechung des ehelichen Beisammenseins, und zwar durch eine Abwesenheit der Frau während dreier Nächte, trinoctium (damit nicht ein Zweifel wegen zufälliger Abwesenheit entstehe).

Savigny benutzt die Stelle für seine Ansicht folgendergestalt: Die Manus wird durch Usus von einem Jahr erworben (wie die Usucapion beweglicher Sachen). Nach der gewöhnlichen Meinung wäre dieser Usus vollendet Mitternacht zwischen dem 30. und 31. December, nach seiner Ansicht erst Mitternacht zwischen dem 31. December und 1. Januar. Diese Rechnung befolgt Mucius, denn er sagt: die am 29. December sich entfernende Frau habe nicht unterbrochen, weil sie nur zwei und eine halbe Nacht in diesem Jahr abwesend gewesen sei. Nach der gewöhnlichen Meinung hätte er die Entfernung auf den 28. December setzen müssen, schon da hätte ihr also eine halbe Nacht gefehlt,

während in dem Fall des Mucius nicht eine halbe Nacht, sondern anderthalb zu dem trinoctium fehlen.

Mucius sagt: alterius anni essent, qui inciperet ex calendis. Dies ist ganz richtig, auch nach der gewöhnlichen Ansicht. Das vorige Jahr kann vollendet sein, ohne daß das neue begonnen hat. Jenes ist nach dieser Ansicht am 31. December der Fall, nicht auch dieses. Es ist der Unterschied von complesse und excessisse.

Was wir aus der Stelle entnehmen können, ist nicht, daß Mucius den Zeitraum erst in der Mitternacht zwischen dem 30. December und 1. Januar für vollendet hielt (dies wäre eine Abweichung von der Ansicht Ulpians), sondern daß er das folgende Jahr erst mit diesem Moment beginnen ließ, was nicht gegen die Ansicht Ulpians ist.

Daraus ergiebt sich nun ferner, daß er ebenso rechnete wie Ulpian, aber in dem vorliegenden Fall nicht die Vollendung des ersten Jahres, sondern den Anfang des zweiten als den entscheidenden Punkt ansah; so daß also über die Civilcomputation an sich gar nichts entscheidendes aus der Stelle zu entnehmen ist.

Zu jener Bestimmung des entscheidenden Punktes (daß ein excessisse, nicht bloßes complere erforderlich sei) konnte ihn vielleicht der Ausdruck des Gesetzes veranlassen. Es konnte dies aber auch einen innern Grund haben, indem man die Sache so ausdrücken kann: Mucius behandelt den Usus nicht als Erwerb, sondern als Verlust der Selbstständigkeit von Seiten der Frau, dann muß der letzte Tag nicht blos angefangen haben, sondern ganz abgelaufen sein. Zu dieser Behandlung berechtigte das Gesetz selbst, das die usurpatio einführte, und dadurch die Frau gegen die Nothwendigkeit der Manus in Schutz nahm, also gegen den Verlust ihrer Selbstständigkeit.

V.

Von der Behandlung des Schalttags.

L. 2. D. de div. temp. praescr. (44, 3): In tempore constituto iudicatis an intercalaris dies proficere iudicato nec ne debeat, quaeritur, item de tempore, quo lis perit. Sic sine dubio existimandum est, ut auctum litis tempus intercalari die existimetur, veluti si de usucapione sit quaestio, quae tempore con-

stituto expleri solet, aut de actionibus, quae certo tempore finiuntur, ut aediliciae pleraeque actiones. (S)et si quis fundum ita vendiderit, ut nisi in diebus triginta pretium esset solutum, inemtus esset fundus, dies intercalaris proficiet emtori; mihi contra videtur (Marcell.).

Der julianische Kalender schaltet alle vier Jahre einen Tag ein, der auf den 23. Februar (Fest der Terminalien) folgt, und der mit dem 24. (sextus ante calendas Martias) nur Einen Tag ausmachen soll. Diese Zeit soll, wo ein Zeitraum nach dem Kalender berechnet wird, als Zeit nicht in Ansatz kommen: biduum pro uno die habetur. Die Folge ist, daß der in einen Zeitraum fallende Schalttag die Zeit verlängert, also dem zu Gute kommt, der durch den Ablauf der Zeit von einem Recht ausgeschlossen wird. Dieser Grundsatz folgt aus dem Charakter der Schaltzeit, welche nur die Verkürzung der gemeinen Jahre compensirt.

Marcellus unterstellt am Anfang zwei Fälle der Betrachtung: 1) tempus constitutum iudicatis, welches nach altem Recht einen Monat, später zwei, nach Justinian vier Monate betrug; 2) tempus quo lis perit. Dies geht theils auf die alte Proceßverjährung, theils auf den Verlust einer Klage durch Zeitablauf, in Folge der Klagverjährung oder Usucapion.

Der Jurist entscheidet diese Fälle nach jener Regel, und zwar mit Worten, die jeden Zweifel ausschließen: Sic sine dubio — existimetur. Als Beispiele führt er nur Fälle der zweiten Art an aediliciae pleraeque actiones, „mehrere“ oder „manche“ ädilitischen Klagen — daß alle uns bekannten dahin gehören, schließt natürlich nicht aus, daß es nicht wenige andere gab.

Nach dem Worte actiones kommt offenbar ein neuer Fall, den man nur gezwungen unter das tempus, quo lis perit, bringen könnte. Er ist auch seiner Natur nach ganz von jenen verschieden. Das Gemeinschaftliche der bisher erwähnten ist: es werden Fristen gegeben durch Rechtsvorschrift, für stets wiederkehrende Fälle. Hier ist von einer durch Privatwillen für einen einzelnen Fall gesetzten Frist die Rede. Es kann also hier nicht nach einer Rechtsregel, sondern nur nach der Intention der Parteien entschieden werden. Wenn ein Verkäufer erklärt: ich muß das Geld haben in 30 Tagen, erhalte ich es nicht, so soll der Verkauf nicht gelten, so meint er offenbar 30 vierundzwanzigstündige Zeittheile.

Er hat also nicht die Tage des Kalenders im Sinn, sonst würde er einfacher gesagt haben: bis zu dem und dem Tage des künftigen Monats. Die Anwendung der Kalenderregel: biduum pro uno die habetur, sofern zufällig in die Frist ein Schalttag fiele, also die Frist um 24 Stunden verlängert würde, wäre hier gegen die natürliche Intention der Parteien.

So entscheidet Marcellus: mihi contra videtur. Diese Worte können nicht auf die früheren Entscheidungen bezogen werden, einer solchen folgenden Berichtigung widersprechen die Worte im Anfang: sic sine dubio etc. Also gehen sie blos auf das unmittelbar vorhergehende: et si quis etc., womit übereinstimmt, daß dieser Fall von dem vorigen seiner Beschaffenheit nach ganz abweicht.

Daraus ergiebt sich, daß die gewöhnliche Interpunction (hinter actiones ein Komma) unrichtig ist, da dadurch der letzte Fall mit den vorigen gleichgestellt würde. Aus diesem Irrthum ist ohne Zweifel auch die Lesart tempori statt emtori entstanden, wodurch man eine Entscheidung gewinnen wollte, die auch auf die vorigen Fälle paßte.

Die Stelle ist vielmehr so zu interpungiren, daß 1) mit Et ein neuer Satz beginnt, 2) dieser ganze Satz als Frage genommen wird.

Sind wir aber so weit, so hat eine Emendation von Bynkershoek eine gewisse innere Nothwendigkeit, zumal da nicht einmal ein Buchstabe dadurch verändert wird: wir müssen nämlich das s in actiones geminiren und lesen: actiones. Set etc.

VI.

Von der Wirkung der Klagverjährung.

L. 37. D. de fideiuss. (46, 1): Si quis postquam tempore transacto liberatus est, fideiussorem dederit, fideiussor non tenetur, quoniam erroris fideiussio nulla est.

Der Inhalt der Stelle ist folgender: Ein Schuldner ist durch Ablauf der Zeit befreit, er giebt dessenungeachtet einen Bürgen, die Verbürgung ist nichtig. Man versteht dies von der Klagverjährung, die Stelle beweise, daß diese die obligatio vernichte und keine naturalis obligatio zurückbleibe, sonst würde die fideiussio gültig sein.

Savigny [1] glaubt auch, die Stelle müsse von der Klagverjährung verstanden werden: der Bürge habe die exceptio temporis aus der Person des Hauptschuldners, non tenetur (sc. cum effectu). Doch wird ein Irrthum desselben vorausgesetzt. Wußte er von der abgelaufenen Verjährung, so hat er auf diese Einrede verzichtet. Darauf beziehe sich die Erwähnung des Irrthums.

Diese Erklärung ist aus folgenden Gründen unzulässig: 1) die Worte non tenetur können im Zweifel nicht von der bloßen exceptio temporis verstanden werden. 2) Dies wird bestätigt durch nulla am Ende, das wäre die fideiussio nach Savigny nicht. 3) Könnte das Geschäft nicht als erroris fideiussio bezeichnet werden, für eine Schuld, die bloß in der Vorstellung besteht, woraus auch erhellt, daß wir nulla streng verstehen müssen. 4) Die Voraussetzung, daß der Bürge die exceptio temporis habe, ist unrichtig. Die exceptio temporis geht nach der richtigen Ansicht, die auch Savigny hat, nur gegen die Klage, da aber die Klage gegen den Bürgen nicht verjährt ist, kann sie nicht gegen diese gehen.

Die richtige Erklärung ist folgende: Es ist willkührlich, die Worte transacto tempore von der Klagverjährung zu verstehen. Wir denken bei einem solchen Ausdruck zuerst an dieses Institut und von unserem Standpunkt der allgemeinen Klagverjährung aus nicht mit Unrecht. Anders war es bei den römischen Juristen. Damals war sie die seltene Ausnahme und fand namentlich bei keiner von den Obligationen Statt, für die Bürgen bestellt zu werden pflegen (es sind meistens Delictsklagen, Klagen wegen besonderer Verletzungen u. dgl.).

Wenn es Fälle giebt, wo der Schuldner wirklich und erwiesen befreit wird durch Ablauf einer Zeit (ipso iure oder ope exceptionis) so müssen wir die Stelle in dubio von diesen verstehen. Daß tempore transacto liberatus im eigentlichen Sinn von der Klagverjährung gesagt werden kann, d. i. daß die Verjährung die Obligatio aufhebt, soll eben erst erwiesen werden; man kann aber etwas nicht beweisen durch eine Voraussetzung, deren Richtigkeit erst von jenem Beweis abhängt.

Das Natürlichste ist, jene Stelle von einer obligatio ad tempus zu verstehen. Nun hängt die Stelle vollkommen in sich zu-

---

1) System V. S. 398.

sammen. Der Bürge, der nach Ablauf der Zeit bestellt ist, haftet nicht, die Bürgschaft ist nichtig wegen Nichtexistenz der Obligatio. Daß diese in der Vorstellung des Bürgen existirte oder daß er auch aus einem Rechtsirrthum glaubte, man könne sich verbürgen für eine aufgehobene Schuld, daß er also den ernstlichen Willen hatte, sich zu verpflichten, nützt nichts. Denn er verpflichtete sich doch nur als Bürge, und dies ist wesentlich eine accessorische Verpflichtung, setzt eine Hauptschuld voraus, eine wirkliche, nicht blos in der Vorstellung existirende. Nicht ein Irrthum kann das Principale sein, man verbürgt sich nicht für einen Irrthum, erroris fideiussio nulla est.

L. 18. §. 1. de pec. const. (13, 5): Quod adiicitur, eamque pecuniam cum constituebatur debitam fuisse, interpretationem pleniorem exigit. Nam primum illud efficit, ut si quid tunc debitum fuit, cum constitueretur, nunc non sit, nihilominus teneat constitutum, quia retrorsum se actio refert. Proinde temporali actione obligatum constituendo Celsus et Iulianus scribunt, teneri debere, licet post constitutum dies temporalis actionis exierit. Quare et si post tempus obligationis se soluturum constituerit, adhuc idem Iulianus putat, quoniam eo tempore constituit, quo erat obligatio, licet in id tempus, quo non tenebatur.

Ulpian sagt: der Prätor fordert, daß die Schuld zur Zeit des Constitutum bestand; daher ist es gleichgültig, ob die Schuld jetzt noch besteht, wenn sie nur damals bestand. Wenn daher ein Schuldner, der durch Ablauf einer gewissen Zeit befreit wird, constituirt, haftet er aus dem Constitutum auch nach deren Ablauf. Daher kann er auch ausdrücklich das Versprechen auf Zahlung nach dem Ablauf der Zeit richten.

Wenn wir die Stelle von der Klagverjährung verstehen, so paßt dies alles vollkommen im Resultat zum Uebrigbleiben einer obligatio naturalis, nur nicht in dem Ausdruck debitum non sit — non tenebatur. Ferner liegt ein Bedenken darin, daß Ulpian nicht auf das naturale debitum seine Behauptung gründet, sondern auf die besondere Natur des Constitutum.

Aber Ulpian sagt stillschweigend noch etwas anderes, nämlich daß das Constitutum nach Ablauf des tempus obligationis geschehen ungültig sei, und dies konnte nicht auf die naturalis obligatio zurückgeführt werden.

Müssen wir indessen die Stelle von der Klagverjährung verstehen? Diese Annahme läge allerdings näher als bei der ersten Stelle, es könnte z. B. eine prätorische Strafklage gemeint sein. Aber ein temporali actione obligatus kann auch der genannt werden, welcher in einer obligatio ad tempus steht, wie ex lege Furia die sponsores et fidepromissores biennio liberantur [1]). Ja bloß von einem solchen kann gesagt werden post tempus obligationis, da bei der Klagverjährung die Zeit doch zunächst der Klage gesetzt ist (was selbst die anerkennen, welche heutzutage noch in der Wirkung eine Ausdehnung behaupten), so daß diese Annahme, welche schon an sich wenigstens ebenso gut ist, als die andere, dadurch die wahrscheinlichere wird. (Ferner kommen noch hinzu die Worte: eo tempore, quo erat obligatio, ein römischer Jurist hätte gesagt: actio, wenn von der Klagverjährung die Rede ist.)

Wahrscheinlich war dies eine sehr gewöhnliche Anwendung des constitutum debiti proprii, um die Befreiung des Sponsor zu verhüten. Vielleicht hatte Ulpian auch noch den Fall angefügt, daß der Constituent stirbt, weil durch den Tod der Sponsor und Fidepromissor befreit wird. Daraus würde es sich erklären, daß er nicht ausdrücklich von dem Constitutum nach der Aufhebung der Obligatio spricht; dieses war in dem letzteren Fall nicht möglich.

Temporali actione obligatus also heißt nicht: ein Schuldner gegen den eine verjährbare Klage stattfindet, sondern soviel als ad tempus obligatus. Ein ähnlicher Ausdruck kömmt noch einmal in diesem Titel vor L. 1. §. 8. eod. Qui honoraria actione non iure civili obligatus est. Hier ist offenbar kein Gewicht auf die actio gelegt, sondern die Worte bedeuten soviel als iure honorario, oder honoraria obligatione. So ist auch dort der Ausdruck zu verstehen, heißt also soviel als temporalis obligatio. Diese Hervorhebung der actio hat ihren Grund darin, daß die Wirkung des Constitutum eben die ist, neben der alten Klage noch eine neue die actio constitutoria geben.

---

1) Gaius III. 121.

VII.

Von der Beweislast im praeiudicium.

L. 12. D. de except. (44, 1): Generaliter in praeiudiciis is actoris partes sustinet, qui habet intentionem secundum id, quod intendit.

Diese Stelle scheint auf den ersten Blick tautologisch. Der Nachdruck liegt aber auf secundum, wodurch sie diesen Schein verliert. Ferner muß auch das erste intentionem eine andere Intention sein, als das zweite intendit.

Der Fall ist folgender: Einer angestellten Klage wird die exceptio quod praeiudicium non fiat entgegengesetzt. Der Beklagte fordert, daß vor dem gegenwärtigen ein anderes iudicium eingeleitet werde, welche das praeiudicium sein müsse, z. B. der mit der actio communi dividundo Belangte behauptet alleiniger Eigenthümer, oder der mit der Confessoria Belangte behauptet Eigenthümer des angeblichen praedium dominans zu sein. Es kommt zum Präjudicium, der Eigenthumsproceß wird eingeleitet. Wer hat nun hier als Kläger aufzutreten und mithin die Beweislast? Man könnte denken, der frühere Beklagte, der ja zu diesem Proceß provocirt hat. Keineswegs, der Jurist giebt eine allgemeine Regel; der ist Kläger im praeiudicium, dessen intentio im Nachproceß von der Wahrheit der intentio im Vorproceß abhängt. Also qui habet intentionem in iudicio secundum id, quod intendit in praeiudicio.

Die Stelle ist aus Ulpian. lib. XXXVIII. ad ed. Aus demselben Buche ist L. 6. si ingen. (40, 14.) Quoties de hoc contenditur, an quis libertus sit, sive operae petantur, sive obsequium desideretur, sive etiam famosa actio intendatur, sive in ius vocetur, qui se patronum dicit, sive nulla causa interveniat, redditur praeiudicium. Sed et quoties quis libertinum quidem se confitetur, libertum autem Caii Seii se negat, item praeiudicium datur; redditur autem alterutro desiderante. Sed actoris partibus semper, qui se patronum dicit, fungitur, probareque libertum suum necesse habet, aut si non probet, vincitur. — Wahrscheinlich hängt diese Stelle mit der vorigen zusammen. Hier wird gesagt: bei dem Präjudicium über die Ingenuität ist immer der angebliche Patron Kläger, weil stets von Ansprüchen die Rede ist, die er erhebt, und deren Begründung von seinem

Patronatrecht abhängt z. B. operae, oder Strafe wegen in ius vocatio etc. Weil — hier fügte Ulpian jene allgemeine Regel am Schluß hinzu — generaliter enim in praeiudiciis etc.

VIII.

Von der exceptio rei iudicatae gegen dingliche Klagen.

L. 27. D. de exc. rei iud. (44, 2): Cum de hoc an eadem res est, quaeritur, haec spectanda sunt: personae, id ipsum de quo agitur, causa proxima actionis. Nec iam interest, qua ratione quis eam causam actionis competere sibi existimasset, perinde ac si quis posteaquam contra eum iudicatum esset nova instrumenta causae suae reperisset.

Die exceptio rei iudicatae findet statt, wenn die rechtskräftig schon entschiedene Rechtssache wieder zum Gegenstande eines Rechtsstreits gemacht wird. Die Identität der Sache bestimmt sich nach drei Merkmalen, die in der Stelle aufgeführt werden: personae, id ipsum, de quo agitur, causa proxima actionis. Was heißt causa proxima actionis? Aus dem folgenden ergiebt sich die Antwort auf diese Frage: causa proxima actionis ist das Recht, welches der Grund der Klage ist, dieses wird in iudicium deducirt; nicht der Erwerbsgrund des Rechts z. B. Eigenthum, nicht Tradition ꝛc. Dieser Erwerbsgrund kann kein anderer sein, ohne die Exceptio unstatthaft zu machen.

L. 11. §. 1. 2. 4. 5. eod.: Denique et Celsus scribit, si hominem petiero, quem ob eam rem meum esse existimavi, quod mihi traditus ab alio est, cum is ex hereditaria causa meus esset, rursus petenti mihi obstaturam exceptionem. Si quis autem petat fundum suum esse eo quod Titius eum sibi tradiderit, si postea alia ex causa petat, causa adiecta non debet summoveri exceptione. — — Eandem causam facit etiam origo petitionis. Ceterum si forte petiero fundum vel hominem, mox alia causa nova post petitionem mihi accesserit, quae mihi dominium tribuat, non me repellet ista exceptio — —. Itaque adquisitum quidem postea dominium aliam causam facit, mutata autem opinio petitoris non facit. Utputa opinabatur ex causa hereditaria se dominium habere, mutavit opinionem et coepit putare ex causa donationis, haec res non parit petitionem novam. Nam

qualecunque et undecunque dominium adquisitum habuit, vindicatione prima in iudicium deduxit. (Ulpian.).

Der Eingang dieser Stelle giebt ein Beispiel zu dem vorhin erwähnten Satz.

Si quis autem — exceptione. Ein anderes ist es bei dem dominium postea adquisitum. Hier ist es nicht die alia causa adquirendi, welche die Exceptio ausschließt, diese könnte sogar dieselbe sein, sondern die alia causa petendi, ein anderes Eigenthum.

Lange Zeit hatte man diese Worte auf eine fast unbegreifliche Weise falsch interpretirt und darauf hin behauptet: wenn jemand in der Klage gesagt hätte, seine Erwerbsart sei diese, so könne er nachher aus einer ander Erwerbsart wieder klagen. Man könne sich also durch Anführung einer bestimmten Erwerbsart die Wiederholung der Klage salviren, also aus Einem Processe einige Dutzend machen.

Diese Erklärung ist, abgesehen von innern Gründen, unmöglich: 1) würden nach dieser Ansicht unsere Worte in gar keinem Gegensatz zu dem vorhergehenden stehen. 2) Man setzt voraus, in der früheren Klage sei die Erwerbsart angegeben, also das eo quod etc. in die Intentio gesetzt worden. Dies müßte ganz deutlich gesagt sein, weil darauf gerade der Unterschied von dem vorigen Fall beruht; dies ist aber offenbar nicht der Fall, von der ausdrücklichen Erwähnung in der Klage wird nichts gesagt. Aber es geschah auch nicht in der formula petitoria (si quis petat etc.), diese lautete: si paret fundum actoris esse ex i. q., die Bezeichnung der Erwerbsart fand keinen Platz; 3) man setzt voraus, in der neuen Klage sei dasselbe geschehen, davon glaubt man die Worte adiecta causa verstehen zu müssen. Hätten sie diese Bedeutung, so müßten sie bei der Erwähnung der ersten Klage stehen. Aber adiecta causa kann dies nicht heißen, weil sonst das Komma hinter causa zu denken wäre, und der Jurist müßte dann gesagt haben: si postea alia ex causa causa adiecta petat, wie er gewiß nicht geschrieben hätte. Adiecta causa heißt also: es ist eine causa hinzugekommen, postea adquisitum dominium.

Dies wird auf das vollkommenste durch das Folgende bestätigt. Die origo petitionis macht nicht eine Verschiedenheit der

causa. Das würde aber der Fall sein, wenn sie nur in der Klage erwähnt würde.

Nam qualecunque etc. Der Jurist kann unmöglich geglaubt haben, das Verhältniß sei ein anderes, wenn die causa adquirendi erwähnt worden wäre. Es ist kein hypothetischer Grundsatz, den er ausspricht, sondern ein absoluter, der aus der Natur der Eigenthumsklage folgt.

L. 14. §. 2. D. eod.: Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitiatur, at cum in rem ago, non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione adprehenduntur. Neque enim amplius quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest. (Paul.)

Singulas obligationes etc. Der Sinn dieser Worte ist: aus jeder Obligirung geht eine besondere causa obligationis, obligatio im zuständlichen Sinn, hervor.

non expressa causa. Man hat diese causa facultativ verstanden und das argumentum a contrario angewendet. Diese Auslegung ist aber unmöglich, wenn Paulus nicht ein sehr elender Schriftsteller war. Die These enthält eine Nothwendigkeit, denselben Charakter muß auch die Antithese haben. Dies wird auch bestätigt durch den Grund am Ende (neque enim etc.), hier wird der Unterschied auf seinen materiellen Grund zurückgeführt, und unzweifelhaft als ein durchgreifender, von der Willkühr unabhängiger dargestellt. Nach jener Meinung müßte man dem Paulus die Absurdität unterlegen: expressa causa kann eine Sache mehrmals mein sein.

Schon daß Paulus diesen materiellen Grund angiebt, entscheidet die Frage definitiv, der Grund kann sonach nicht in einer äußerlichen Form liegen. Paulus unterstützt allerdings jenen materiellen Grund durch einen formellen. Er sagt, die Zusammenfassung aller causae adquirendi tritt schon in dem Umstand anschaulich hervor, daß in der Formel diese causa, ex qua rem meam esse dico nicht ausgedrückt wird, weil nicht, wie bei der in personam actio die Obligirung zum Recht mitgehört.

Der Sinn seiner Worte ist also: wenn man eine dingliche Klage anstellt, so umfaßt man, ohne die causa auszudrücken, alle causae durch dieselbe Klage.

IX.

Rechtsfähigkeit des Filiusfamilias.

Die väterliche Gewalt hat den Einfluß, daß sie den Unterworfenen des activen Vermögens beraubt, nach neuerem Recht wenigstens des selbstständigen Vermögens, der Disposition darüber. Dies ist der einzige Grund, aus dem die Filiifamilias in der Rechtsfähigkeit gemindert sind. Hieraus gehen folgende Grundsätze hervor:

1) Soweit Filiifamilias selbstständigen Vermögens ausnahmsweise fähig sind, stehen sie ganz wie Patresfamilias.

2) Die Beschränkung erstreckt sich nicht auf Rechte, die nicht Vermögensrechte sind, nicht auf öffentliche und reine Familienrechte.

L. 9. D. de his, qui sui vel alieni iuris sunt (1, 6): Filiusfamilias in publicis causis loco patrisfamilias habetur, veluti si magistratum gerat vel tutor detur.

In dieser Stelle wird in Beziehung auf die Fähigkeit des Filiusfamilias, zum Tutor bestellt zu werden, ausgesprochen: er ist der auctoritas, in der er gewissermaßen Repräsentant des Staates ist, so gut fähig als ein Paterfamilias.

3) Schuldner kann ein Filiusfamilias so gut sein wie ein Paterfamilias. Es ist eine bloße Ausnahme, wenn in gewissen Fällen seiner Verpflichtung die Wirkung oder vollkommene Wirkung entzogen ist, so nach S. C. macedonianum.

L. 39. D. de O. et A. (44, 7): Filiusfamilias ex omnibus causis tanquam paterfamilias obligatur et ob id agi cum eo tanquam cum patrefamilias potest.

ex omnibus causis heißt nicht: überall, denn dies wäre nicht richtig, sondern wörtlich: ohne Unterschied der Obligationsgründe, also ex delicto, ex contractu, quasi ex contractu, auch durch gerichtliche Acte. Nicht also etwa bloß ex iure gentium, sondern auch ex iure civili. — Dadurch wird der Nachsatz erklärt: ob id d. h. eben darum wird er auch durch Litiscontestation und res iudicata obligirt.

4) Gläubiger kann der Filiusfamilias nicht sein, auch keine Klage anstellen. Doch hat dies in gewissen Fällen Ausnahmen z. B. bei der actio iniuriarum, depositi, commodati.

L. 13. D. eod.: In factum actiones etiam filiifamiliarum possunt exercere.

Diese Stelle ist nicht so zu verstehen, als ob der Filiusfamilias alle in factum actiones anstellen könnte, sondern nur, daß er keine formula in ius concepta gebrauchen kann. Wo er zu einer Klage zugelassen wird, ist dieselbe in factum zu concipiren.

Seinen Klagen steht also 1) ein materielles Hinderniß entgegen, er hat kein actives Vermögensrecht. Davon giebt es einige Ausnahmen; 2) ein formelles, wenn nämlich die Klage in ius concepta wäre: Dies wird vermieden durch die Fassung als actio in factum: si patet A. A. apud N. N. deposuisse.

X.

Von der Bedeutung der civilis possessio.

L. 1. §. 9. 10. D. de vi (43, 16): Deiicitur is, qui possidet, sive civiliter sive naturaliter possideat: nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet. Denique et si maritus uxori donavit, eaque deiecta sit, poterit interdicto uti, non tamen, si colonus.

Deiicitur, mit diesem Wort wird das interdictum de vi bezeichnet.

civiliter — naturaliter. Nach der sonst gewöhnlichen Bedeutung dieser Ausdrücke würde jenes einen Besitz anzeigen, der im ius civile anerkannt d. h. mit einer Wirkung versehen wird, „in der Weise des Civilrechts". Dies ist der Fall beim Usucapionsbesitz. Ein Usucapionsbesitzer ist freilich besonders benachtheiligt durch die vis, da ihm die Usucapion unterbrochen wird, aber dennoch ist das Interdict nicht darauf beschränkt.

Naturaliter heißt in diesem Gegensatz, was zwar rechtliche Wirkung hat, aber keine civilrechtliche. Hier also bedeutet es eine possessio (im eigentlichen Sinn), welche nicht zur Usucapion führt, also den einfachen juristischen Besitz, den Interdictenbesitz, denn die Interdicte sind nicht iuris civilis. Nicht hierher gehört die Detention, denn diese ist nicht possessio im eigentlichen Sinn. Einen vollkommenen Gegensatz bilden nur zwei Arten des juristischen Besitzes, nicht eine Art des juristischen Besitzes und sonstiger juristischer Besitz nebst Detention. Uebrigens wenn auch unter naturalis possessio hier (in diesem Gegensatz) die Deten-

tion mitzubegreifen wäre (also naturaliter rein als Negation genommen würde), so würde daraus nicht folgen, daß aller Nichtcivilbesitz das Interdict bewirkt.

poterit, dies bezieht sich auf die uxor, nicht auf den maritus. Daß dem so ist, ergiebt sich schon aus der Construction, der maritus ist nicht mehr Besitzer, weder civilis noch naturalis. Auch ist das Beispiel vollkommen passend, die Frau ist nicht in conditione usucapiendi, aber sie hat die possessio.

si colonus sc. deiectus sit, poterit interdicto uti. Der Colonus ist überhaupt nicht possessor, weder civilis noch naturalis (in diesem Sinn). Schon sprachlich ist es unmöglich so zu ergänzen: wenn der Pächter dejicirt ist, hat nicht der Verpächter, sondern er selbst das Interdict.

L. 1. §. 2. D. pro don. (41, 6): Si inter virum et uxorem donatio facta sit, cessat usucapio. Item si vir uxori rem donaverit, et divortium intercesserit, cessare usucapionem, Cassius respondit, quoniam non possit causam possessionis sibi ipsa mutare; alias ait, post divortium ita usucapturam, si eam maritus concesserit, quasi nunc donasse intelligatur. Possidere autem uxorem rem a viro donatam Iulianus putat.

In dieser Stelle wird die Erklärung der vorigen vollkommen bestätigt und es ergiebt sich mit Klarheit, was dort unter civilis und naturalis possessio verstanden ist. Man vergleiche damit noch L. 26. de don. inter. vir.: licet illa iure civili possidere non intelligatur. (Thibaut hält dies für eine Leugnung des Besitzes, daher für eine Antinomie. Es wäre eine unglaubliche Verkehrtheit, der Frau die possessio abzusprechen, und dem Dieb zuzuerkennen.)

L. 3. §. 15. D. ad exhib. (10, 4): Sciendum est, adversus possessorem hac actione agendum, non solum eum, qui civiliter, sed et eum qui naturaliter incumbat possessioni, denique creditorem, qui pignori rem accepit, ad exhibendum teneri placet.

Man hat gesagt, in dieser Stelle könne nicht der Usucapionsbesitz gemeint sein, denn darauf komme doch gewiß, auch scheinbar, nichts bei der actio ad exhibendum an. Man hat darauf und auf ähnliche Stellen die Behauptung gegründet: civilis possessio heiße weder der Usucapionsbesitz, noch auch schlechtweg aller juristische Besitz, sondern der Besitz mit dem animus domini, naturalis possessio der abgeleitete Besitz, überhaupt der Besitz ohne animus domini.

Jene Prämisse ist falsch. In L. 7. § 3. eod. (aus demselben Buch) heißt es: juristische Personen können mit der actio ad exhibendum belangt werden, denn sie können besitzen und usucapiren. Dies beweist, daß der Jurist wirklich bei der actio ad exhibendum an die Usucapion dachte, daß also darauf etwas ankommen konnte. Der Gedanke ist folgender: die Klage, wie die dadurch vorbereitete Vindication, wird sehr häufig zu dem Zweck gebraucht werden, um einer fremden Usucapion zuvorzukommen. Unsere Stelle sagt daher: der Beklagte ist, obwohl die Klage häufig jenen Zweck haben wird, doch nicht bloß der Usucapionsbesitzer (civilis possessor), sondern auch jeder andere, auch der einfach juristische Besitzer. Als Beispiel wird genommen der Pfandgläubiger, weil dieser gewiß niemals Usucapionsbesitzer ist. — Gerade also von unserer Ansicht aus allein erklärt sich die Stelle vollkommen. Was in L. 7. §. 3. et usucapere posse, das heißt in unserer civiliter possidere.

XI.

Von der Ergänzung des Besitzwillens bei Kindern.

L. 32. §. 2. de acqu. poss.: Infans possidere recte potest, si tulore auctore coepit, nam iudicium infantis suppletur auctoritate tutoris: utilitatis enim causa hoc receptum est, nam alioquin nullus sensus est infantis accipiendi possessionem. Pupillus tamen etiam sine tutoris auctoritate possessionem nancisci potest. Item infans peculiari nomine per servum possidere potest. (Paul.)

Die Erwerbung des Besitzes durch einen impubes infantia maior hat keine Schwierigkeit. Einem infans dagegen fehlt die Möglichkeit der affectio tenendi, des Besitzwillens. Auch wenn er schon in dem Alter steht, daß ihm natürlicher Wille nicht durchaus abgesprochen werden kann, so ist dies noch nicht der beharrliche entschiedene Wille, den wir für den Besitz fordern müssen. In einem Fall ist dies kein Hinderniß: der infans erwirbt den Besitz durch den Sklaven peculiari nomine, weil dazu der Wille nicht erforderlich ist. Dasselbe ist verstattet worden, wenn der Vormund für das Kind Besitz erwirbt, was gegen die Regel zugelassen worden ist, wonach der Repräsentirte selbst nur im Corpus vertreten werden kann, Es giebt aber noch einen dritten

Fall, Besitzerwerb durch ein Kind auctore tutore und auf diesen bezieht sich die obige Stelle.

Infans — tutoris. Die Auctoritas tritt hier nicht in ihrer gewöhnlichen Function auf, wo sie zu einer vollkommen natürlichen Handlung hinzutritt, hier soll sie eine unvollkommene natürliche Handlung ergänzen. Das iudicium wird ergänzt, das ist sonst nicht die Function des Tutors. — Savigny erklärt die Stelle so, als werde dieser Erwerb auf den durch den Vormund reducirt, auch die auctoritas des gegenwärtigen Vormundes sei ein solcher; ob der Vormund selbst apprehendire oder das Kind apprehendiren lasse, sei gleich, in beiden Fällen habe der Vormund durch das Kind Besitz erworben. Diese Erklärung ist unmöglich, weil dann von keiner Supplirung die Rede zu sein brauchte.

Utilitatis — possessionem. Hierin liegt eine Singularität, denn die Anwendung der Function der auctoritas ist eine ganz andere, sie setzt die natürliche Handlung, den sensus accipiendi possessionem in dem Kinde voraus, dieser aber fehlt ja, und soll erst durch die Auctoritas supplirt werden, das ist die Singularität. Alioquin heißt also: abgesehen von diesem receptum.

Nach Savigny soll das alioquin auf den ersten Satz gehen: „wenn wir jenen Erwerb auctoritate tutoris nicht annehmen, so konnte auch der Vormund selbst nicht für das Kind Besitz erwerben (was doch entschieden ist), weil das Kind auch hier — der Regel nach — zustimmen müßte. „Um dies ausgedrückt zu finden, zieht er die Lesart einiger Manuscripte: *con*sensus — accipien*ti* vor. Vor allem wäre dies eine dunkle und harte Redeweise, ferner würde ein auch und die Voranstellung des accipienti vermißt werden. (Nam alioquin neque accipienti possessionem tutori consentire infans potest). Endlich stimmt, wie vorhin gezeigt worden ist, diese Auffassung nicht mit dem Anfang der Stelle überein. Wir würden eine verständliche Rede gegen eine unverständliche aufgeben, um ein Resultat zu erhalten, welches dem Vorhergehenden nicht entspricht.

L. 3. C. de adqu. poss.: Donatarum rerum a quacunque persona infanti vacua possessio tradita corpore quaeritur. Quamvis enim sint auctorum sententiae dissentientes, tamen consultius videtur interim, licet animi plenus non fuisset affectus,

possessionem per traditionem esse quaesitam, alioquin (sicuti consultissimi viri Papiniani responso continetur) nec quidem per tutorem possessio infanti poterit adquiri. —

Donatarum — quaeritur: Von irgend jemandem, sei es auch von einem ganz Fremden, wird einem Kinde etwas geschenkt, es wird ihm übergeben, das Kind wird Besitzer. Wie sollen wir das verstehen? Manche behaupten: dieser Fall sei eine reine Singularität; das ist höchst unwahrscheinlich, ja unmöglich, da im Folgenden ein innerer Grund dafür angegeben wird. Savigny, hat hier den Ausweg genommen: man müsse die auctoritas tutoris hinzudenken. Es wäre aber doch eine immense Reticenz, grade das Wesentliche des Factums ganz zu verschweigen. Meine Erklärung der Stelle aus der Natur des Verhältnisses ist folgende: Man hat eine Ergänzung des animus durch die Auctoritas des Tutors zugelassen. Wie nun, wenn es nicht der Tutor ist, sondern eine andere Person, der Schenker selbst, welcher dem Kinde zur Seite steht? Gewiß kann dieser eben so bestimmend auf den Animus des Kindes einwirken, wie der Vormund. Und es handelt sich ja nur um diese natürliche Autorität, nicht um die juristische, die freilich nur dem Tutor zukommt. Jenen natürlichen Einfluß auf den Vormund zu beschränken, wäre ganz inconsequent, wir müssen ihn auch der natürlichen Autorität eines Schenkers gegenüber dem Beschenkten zuschreiben. So hat also der Ausspruch einen sehr guten Sinn, ohne daß wir etwas hinzusetzen, eine Erklärung, die sich zugleich auf dem natürlichen Standpunkt des Besitzes hält und darum vor allen andern den Vorzug verdient. Damit stimmt das Wort corpore quaeritur überein. Es läßt sich doppelt erklären: 1) das corpus ist vollständig, der animus nicht; 2) corpus des Kindes, nicht des Vormundes.

Aber auch die folgende Ausführung bestätigt diese Erklärung.

interim. Die Juristen waren verschiedener Meinung. Manche wollten jetzt noch nicht Besitzerwerb eintreten lassen, sondern erst, wenn das Kind den plenus animi affectus erhalte. Dies verwirft der Kaiser, es sei auch nicht gleichgültig, ob früher oder später der Erwerb einträte. Interim bedeutet den gegenwärtigen Zeitpunkt der Tradition im Gegensatz zu einem künftigen Momente. Dieser künftige Moment ist der plenus animi affectus, also die Ueberschreitung der infantia. Auch dadurch

wird die savigny'sche Ansicht beseitigt; nach dieser, welche die auctoritas tutoris voraussetzt, würde der künftige Moment der sein, wo keine auctoritas mehr stattfindet, also die Pubertät. Dies ist aber nicht der Zeitpunkt, welchen das Rescript selbst angiebt.

Alioquin ꝛc. Wollten wir auf den plenus animi affectus warten, so würde nicht einmal durch den Vormund Besitz erworben werden können. Denn auch dazu würde ja, streng genommen, der plenus affectus des Kindes gehören. Dieses per tutorem steht offenbar im Gegensatz zu a quacunque persona. Nach Savigny wäre der Gegensatz von per tutorem der: tutore auctore, der in der ganzen Stelle nicht ausgedrückt sein würde. Ein solcher Nachdruck auf per tutorem, daß dadurch ein stillschweigender Gegensatz gegeben würde, ist unmöglich.

XII.

Von der Ausschließlichkeit des Besitzes.

L. 32. §. 2. de usurp.: Incertam partem possidere nemo potest. Ideo si plures sint in fundo, qui ignorent, quotam quisque partem possideat, neminem eorum mera subtilitate possidere Labeo scribit.

Incertam — potest. Es ist nicht von einem locus, sondern von einer possessio quota die Rede. Zu diesem Mitbesitz gehört nicht bloß die Existenz der partes quotae, sondern auch das Bewußtsein des Besitzers davon. Ich kann Eigenthümer ohne dieses Bewußtsein sein, aber nicht Besitzer. Z. B. Mehrere haben ein Grundstück gemeinschaftlich gekauft und tradirt erhalten. Ihre Antheile haben sie von den Beiträgen abhängig gemacht, diese aber zu ermitteln hängt noch von einer sonstigen Berechnung unter ihnen ab.

Schwierigkeit macht der zweite Theil der Stelle. Warum verwirft Pomponius die Meinung des Labeo als eine mera subtilitas, da sie doch ganz consequent zu sein scheint? Dem ist aber nicht so. Labeo hat so geschlossen: Jeder würde nur zu einem Theil besitzen. Keiner besitzt zu einem Theil, weil es noch incerta possessio ist. Also ist überhaupt keiner Besitzer, und sie können sich daher auf keine Usucapion berufen, mögen sie auch so lange im Grundstück gewesen sein.

Der Fehler liegt darin, daß au der Prämisse, daß keiner zum Theil besitzt, geschlossen wird, alle seien Nichtbesitzer.

Aus dem Princip, folgt nur, daß wir keinen als Besitzer zu einem quoten Theil bezeichnen können. Dies wird wirksam, wenn es sich um das abgesonderte Interesse eines von ihnen handelt, z. B. wenn sie gegen einander auftreten.

Wenn sie aber gemeinschaftliche Sache machen gegenüber einem Dritten, so muß behauptet werden, daß in ihnen allen zusammen die Elemente des Besitzes sich finden (wenn auch nicht eines abgesonderten, gegen einander selbstständigen Besitzes). Was ihnen fehlt, hindert nicht den Besitz des Ganzen, dem Dritten gegenüber. Also ihrer Usucapion wird ihre Nichtkenntniß nicht entgegenstehen. —

XIII.

Von der Wirkung der Resolutivbedingung auf das Eigenthum.

Jede Bedingung macht ein Rechtsgeschäft oder Rechtsverhältniß von einem künftigen ungewissen Umstand abhängig, entweder der Anfang (Suspensivbedingung), oder die Aufhebung (Resolutivbedingung).

Die Bedingung, wenn sie eintritt, wirkt 1) ipso iure, bei der Resolutivbedingung vernichtet sie das Recht. Wenden wir dies auf das Eigenthum an, das mit einer Resolutivbedingung übertragen ist, so hört der Eigenthümer ipso iure auf, es zu sein, es bedarf keiner sonstigen Endigungsart, das Eigenthum fällt an den zurück, der es hatte, ohne daß eine Zurückgabe nöthig wäre. Ganz anders ist es bei einem Endtermin, hier ist blos eine persönliche Klage auf Zurückgabe gegeben.

2) wirkt die Bedingung rückwärts; die Resolutivbedingung soll das Recht so aufheben, wie wenn es nie gegeben gewesen wäre, dies ist der Intention der Parteien gemäß. Also hört das Eigenthum auf, wie wenn es nie bestanden hätte, die Dispositionen, die gemacht worden sind, werden vernichtet. Auch dies ist ganz anders bei einer Zeitbestimmung.

Pendente conditione dagegen besteht das Recht mit allen Wirkungen, der revocable Eigenthümer hat die Vindication, kann veräußern, aber existente conditione werden diese Dispositionen ungültig.

Alles dies bestätigen die folgenden Stellen, von denen mehrere Zweifel erregt haben.

L. 41. pr. de R. V. (6, 1.): Si quis hac lege emerit, ut si alius meliorem conditionem attulerit, recedatur ab emtione, post allatam conditionem iam non potest in rem actione uti. Sed et si cui in diem addictus sit fundus, antequam adiectio sit facta, uti in rem actione potest, postea non poterit.

Zwei Fälle sind in dieser Stelle gegeben. Das erste hat denselben Inhalt wie die in diem addictio (der zweite). Der Unterschied liegt nur in der Bestimmung eines Tages. Dies wird hervorgehoben, weil man jene Bestimmung leicht für einen Endtermin halten könnte (Ueberlassung des Eigenthums auf eine bestimmte Zeit), aber es ist kein dies certus, sondern, wegen der Verbindung mit dem ungewissen Umstand eines bessern Käufers, ein incertus, also eine Bedingung. — Wichtig ist dies auch, weil die Stelle zeigt, daß es auf die gebrauchten Worte nicht ankommt (recedatur etc. wären verba indirecta).

L. 3. C. de pactis inter emt. (4, 54): Qui ea lege praedium vendidit, ut nisi reliquum pretium intra certum tempus restitutum esset, ad se reverteretur, si non precariam possessionem tradidit, rei vindicationem non habet, sed actionem ex vendito.

Diese Stelle hat vornehmlich Anstoß gegeben, weil sie sagt, der Verkäufer habe ungeachtet der Resolutivbedingung nur die persönliche Klage. Man hat verschiedene Erklärungen versucht, die aber ohne Halt sind. In der That hat die Stelle keine Schwierigkeit und es wird hauptsächlich nur darauf ankommen, die Frage, von welcher Zeit sie spricht, richtig zu beantworten. Spricht sie von der Zeit nach der Existenz der Bedingung, so ist sie allerdings im Widerspruch mit den andern Stellen, bezieht sie sich aber auf die Zeit vor der Existenz der Bedingung, so ist sie vollkommen damit im Einklang (vgl. L. 41. pr. L. 66. de R. V.).

Der Fall ist folgender: der Käufer des Grundstücks fängt an dasselbe mittlerweile zu deterioriren, seine Insolvenz ist wahrscheinlich. Welche Hülfe hat der Verkäufer? Dies ist die Frage, welche die Stelle beantwortet.

L. 3. D. quib. mod. pignus (20, 6): Si res fuerit distracta sic, nisi intra certum diem meliorem conditionem invenisset, fueritque tradita, et forte emtor antequam melior conditio offerretur, hanc rem pignori dedisset, Marcellus libro V. digestorum

ait, finiri pignus, si melior conditio fuerit allata, quamquam ubi sic res distracta est, nisi emtori displicuisset, pignus finiri non putet.

Diese Stelle hat Anstoß gegeben in Beziehung auf die materielle Wirkung der Aufhebung rückwärts. Man glaubt unterscheiden zu müssen zwischen einer Bedingung, die in dem Willen des revocablen Eigenthümers steht, und andern. Dort habe sie keine rückwirkende Kraft. Für diese Behauptung würde sich, so gestellt, gar kein hinreichender Grund angeben lassen. Vielmehr tritt auch hier die Bedingung ein, ipso iure und rückwärts. Tritt sie aber auch in dem vorliegenden Fall ein? Nein, und darum entscheidet der Jurist so wie er thut. Der Käufer hat durch die Verpfändung die Bedingung aufgegeben.

XIV.

Von der Wirkung der Veräußerungsverbote.

Es giebt zwei Arten von Veräußerungsverboten, 1) Veräußerungsverbote durch rechtliche Vorschrift z. B. fundus dotalis, vermachte Sachen. Ihre Wirkung ist regelmäßig Nichtigkeit; 2) durch Privatwillen, Testament oder Vertrag. Hier ist keine Nichtigkeit zu behaupten, die Wirkung ist ein Rechtsmittel des Berechtigten, womit er seinen Anspruch verfolgen kann, dieser geht aber auch nicht einmal auf Rescission, sondern auf das Interesse, oder, wenn eine poena versprochen ist, auf die Conventionalstrafe. Eine Modification tritt ein a) im Testament, wenn die Sache unter der Bedingung der Veräußerung einem Andern vermacht ist, in diesem Fall fällt sie unter jenes gesetzliche Veräußerungsverbot; b) bei Verträgen, durch Resolutivbedingung.

Jenes wird bestätigt durch folgende Stellen:

L. 61. D. de pactis (2, 14): Nemo paciscendo efficere potest, ne sibi locum suum dedicare liceat, aut ne sibi in suo sepelire mortuum liceat, aut ne vicino invito praedium alienet.

Es werden verschiedene Arten von Veräußerungen in dieser Stelle genannt. Wäre die Wirkung derselben Nichtigkeit, so könnte man sie auch dem Pactum nicht absprechen. Aber die Wirkung ist nur eine Klage auf Interesse oder Strafe, diese kann ein Pactum nicht verschaffen.

L. 3. C. de cond. ob causam dat. (4, 6): Ea lege in vos collata donatio, ut neutri alienandae suae portionis facultas ulla competeret, id efficit, ne alteruter vestrum dominium prorsus alienet, vel ut donatori vel eius heredi condictio, si non fuerit conditio servata, quaeratur.

Selbst bei der Schenkung ist, wie diese Stelle zeigt, keine Ausnahme.

Eine Ausnahme würde folgende Stelle enthalten:

L. 7. §. 2. D. de distr. pign. (20, 5): Quaeritur si pactum sit a creditore ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus, quid iuris sit, et an pactio nulla sit talis, quasi contra ius sit posita, ideoque venire possit? Et certum est nullam esse venditionem, ut pactioni stetur.

Diese Ausnahme wäre ganz grundlos, aber auch die Stelle selbst ist ganz zusammenhangs= und gedankenlos. Hypothecam vendere pflegt man nicht vom debitor zu sagen. Ferner wird gefragt, ob das Pactum nicht contra ius sei und diese Frage stillschweigend verneint, was nicht zu rechtfertigen ist. Endlich setzt die Beziehung, in welcher die Worte nullam esse venditionem zu ut pactioni stetur stehen, voraus, daß es keine andere Wirkung gäbe, was keineswegs der Fall ist. Der Verdacht einer Corruption wird vollkommen bestätigt durch den Zusammenhang der Stelle. Der Jurist behandelt in L. 7. Fälle von Verabredungen, wodurch dem Schuldner die Sache erhalten werden soll: pr. indem der Gläubiger verkauft mit der Bedingung, daß er die Sache wieder einlösen dürfe, §. 1. daß der Schuldner sie einlösen dürfe. — Daran würde sich nun natürlich der Fall anschließen, ob nicht überhaupt ausgemacht werden kann, daß der Gläubiger nicht verkaufen dürfe. Was die Stelle jetzt enthält, ist ganz außer Zusammenhang mit dem Vorhergehenden.

Die Glossatoren bemerken, daß alte Handschriften die Lesart pactionem oder conventionem hätten statt venditionem. Noch zu Bartolus Zeit gab es solche Handschriften, er erzählt, er habe nach Pisa geschickt, um die dortigen Manuscripte zu vergleichen. Daß jenes nicht eine Conjectur ist, zeigt sich gerade darin, daß nur dieses Wort verändert, nicht eine weitere Umgestaltung der Stelle vorgenommen ist.

Von dieser Lesart kommen wir auf die richtige der ganzen Stelle, wodurch dann alle obigen Schwierigkeiten verschwinden:

Quaeritur si pactum sit a debitore, ne liceat creditori hypothecam vendere vel pignus, quid iuris sit et an pactio nulla sit talis, quasi contra ius sit posita, ideoque venire possit? Et certum est nullam esse pactionem, ut venditioni stetur.

XV.

Von der iusta causa traditionis.

Die iusta causa ist der übereinstimmende Wille, Eigenthum zu geben und zu nehmen. Eine Eigenthumsübertragung findet nicht statt bei einem error in corpore, wenn die Parteien verschiedene Sachen im Sinn hatten. Der Tradent muß sein Eigenthum aufgeben wollen, wenn er daher als Procurator eines Andern gehandelt hat, hat er nicht das Eigenthum verloren. Dies ist in der folgenden Stelle enthalten:

L. 35. D. de adquir. dom. (41, 1): Si procurator meus vel tutor pupilli rem suam quasi meam vel pupilli alii tradiderint, non recessit ab eis dominium, et nulla est alienatio, quia nemo errans rem suam amittit.

Nemo errans rem suam amittit heißt: niemand verliert seine Sache, wenn er nicht sein Eigenthum aufgegeben hat. Nicht sind diese Worte, wie es von Manchen geschehen ist, von einem error in corpore zu erklären.

Damit scheint im Widerspruch:

L. 19. D. mandati (17, 1): Servum Titii emi ab alio bona fide et possideo, mandatu meo Titius vendidit, cum ignoraret suum esse, vel contra ego vendidi illius mandatu, cum forte is cui heres extiterit, eum emisset; de iure evictionis et de mandato quaesitum est. Et puto, Titium, quamvis quasi procurator vendidisset, obstrictum emtori, neque si rem tradidisset, vindicationem ei concedendam, et idcirco mandati agere posse, si quid eius interfuisset, quia forte venditurus non fuerit.

Zwei Fälle sind zu unterscheiden: 1) der unbewußte Eigenthümer veräußert als Procurator, 2) er hat als Mandatar mitgewirkt, ist also dem Käufer verhaftet. Wegen dieser Haftung steht ihm als Vindicanten die exceptio doli entgegen, und ebenso

im ersten Fall, sofern er als contrahirender Procurator verpflichtet ist. — Für den zweiten Fall wird noch der Zusatz gemacht, daß der Eigenthümer nachher Erbe des wegen Eviction Berechtigten ist, welcher zugleich mit entschieden wird.

Die Uebereinstimmung des Willens braucht bloß die Eigenthumsübertragung zu betreffen, daher ist es keine Eigenthumsübertragung, wenn eine Partei eine bloße Gebrauchsüberlassung im Sinne hatte, wohl aber, wenn die Parteien verschiedene Veranlassungen der Eigenthumsübertragung im Sinne haben:

L. 36. D. de adquir. dom. (41, 1): Cum in corpus quidem, quod traditur, consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio. Veluti si ego credam, me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes, ex stipulatu tibi eum deberi. Nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire, nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus.

causa dandi ist die Causa der Eigenthumsübertragung; nicht die causa traditionis, sondern das Motiv dieser causa. Einen Widerspruch mit dieser Stelle finden wir in

L. 18. pr. D. de reb. cred. (12, 1): Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Iulianus scribit, donationem non esse. Sed an mutua sit, videndum. Et puto nec mutuam esse, magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. Quare si eos consumserit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumti.

Nach der neuesten Erklärung von Vangerow soll die erste Stelle von den einzelnen Geldstücken, die zweite von der Summe zu verstehen sein. Diese Erklärung ist unrichtig, denn es giebt kein Eigenthum an der Summe. — Vielleicht spricht Ulpian bloß von der Bereicherung? Aber gerade diese giebt er eher zu, da er nach geschehener Consumtion eine exceptio doli giebt.

Ulpian widerspricht dem Princip nicht, er macht nur keine Anwendung davon im vorliegenden Fall. Entweder war er so

sehr mit der obligatorischen Seite beschäftigt, daß er die Eigenthumsfrage ungenau behandelte, oder wenn es kein Irrthum war, so hatte er hier einen besondern Grund, warum er eine Ausnahme eintreten ließ. Das erste ist das Wahrscheinlichere, da Ulpian keinen besondern Grund angeführt, und es auch kaum möglich sein wird, einen zu entdecken.

XVI.

Von dem Grundsatz: res transit in locum pretii, pretium in locum rei.

Man hat die Behauptung aufgestellt, in manchen Fällen werde jemand darum Eigenthümer, weil eine Sache mit seinem Geld erkauft sei. Hieran ist so viel richtig, daß manchen Personen als beneficium iuris gestattet ist, wenn sie sonst nicht zum Ersatz kommen können, die mit ihrem Geld (auf das eigentlich ihre Forderung geht) erkauften Sachen zu vindiciren. So den Pupillen, den Soldaten, den Frauen in Beziehung auf die pecunia dotalis. — Aber man hat diese Sätze aus ihrem Zusammenhang gerissen, und jene absolute Regel daraus gebildet, welche von den universitates iuris gelten soll. So namentlich hat man die Geltung jener Regel behauptet bei der hereditas, wozu folgende Stelle die Veranlassung gegeben hat:

L. 22. D. de H. P. (5, 3): Si et rem et pretium habeat bonae fidei possessor, puta quod eandem rem emerit, an audiendus sit, si velit rem dare, non pretium? In praedone dicimus electionem esse debere actoris. An hic magis possessor audiendus sit, si velit rem tradere, licet deteriorem factam, non petitor, si pretium desideret — quod inverecundum sit tale desiderium — an vero, quia ex re hereditaria locupletior sit, et id quod amplius habet, ex pretio restituere debeat, videndum. Nam et in Oratione Divi Hadriani ita est: D i s p i c i t e, P a t r e s c o n s c r i p t i, n u m q u i d s i t a e q u i u s, p o s s e s s o r e m n o n f a c e r e l u c r u m e t p r e t i u m, q u o d e x a l i e n a r e p e r c e p e r i t, r e d d e r e, q u i a p o t e s t e x i s t i m a r i, i n l o c u m h e r e d i t a r i a e r e i v e n d i t a e p r e t i u m e i u s s u c c e s s i s s e, e t q u o d a m m o d o i p s u m h e r e d i t a r i u m f a c t u m. Oportet igitur possessorem et rem restituere petitori, et quod ex venditione eius rei lucratus est.

Ein bonae fidei possessor hat die Erbschaft verkauft, dann

wieder gekauft und besitzt also den Preis dafür und die Sache selbst, nun wird er auf den Preis belangt. Diese Möglichkeit gab ein Senatusconsult unter Hadrian, welches der Erbschaftsklage diese Ausdehnung verliehen hat. Jener will aber die Sache selbst geben, z. B. weil er sie damals sehr theuer verkauft und wohlfeil wieder gekauft hat; oder weil die Sache verschlechtert ist. Bei dem praedo ist kein Zweifel, wohl aber beim bonae fidei possessor. Ist dieser zu hören, da dem Kläger ja die Sache, die ihm gebührt, offerirt wird? Oder der Kläger, weil der Besitzer sich nicht bereichern soll, wie denn auch Hadrian in seiner Oration sagt. Hier nun in dieser Rede finden wir die Aeußerung, man könne dies auch so auffassen: in locum hereditariae rei pretium eius successisse. Wohlgemerkt, der Jurist macht diese Bemerkung nicht, schließt auch nichts daraus, es ist diese Bemerkung ein uneigentlicher Ausdruck der Sache, kein Princip.

Der Jurist hält nur an dem Satz fest: der Besitzer soll nicht gewinnen. Dadurch kommt er auf die Entscheidung am Ende der Stelle, zu der man von jener Regel aus gar nicht kommen wird. Nach jener Regel würde 1) schlechterdings blos das Pretium zu fordern sein, 2) nicht blos mit der hereditatis petitio, sondern auch mit der rei vindicatio, wovon wir keine Spur finden.

Was man also mit jener Regel bezeichnet, ist nur eine Folge der Ausdehnung der hereditatis petitio auf das lucrum, und geht nicht weiter; jene Regel ist falsch und würde nur zu falschen Folgerungen führen.

XVII.

Von der Occupation wilder Thiere.

Wilde Thiere in ihrer natürlichen Freiheit sind herrenlos, cedunt occupanti, ob der Occupant berechtigt war oder nicht, ist gleichgültig; wie verhält sich dazu

L. 55. D. de adquir. dom. (41, 1): In laqueum, quem venandi causa posueras, aper incidit, cum eo haereret, exemtum eum abstuli, num tibi videor tuum aprum abstulisse? et si tuum putas fuisse, si solutum eum in silvam dimisissem, eo casu tuus esse desisset an maneret? et quam actionem mecum haberes, si desisset tuus esse, num in factum dari oportet, quaero. Respondit: laqueum videamus ne intersit, in publico an in privato po-

suerim, et si in privato posui, utrum in meo an alieno, et si in alieno, utrum permissu eius, cuius fundus erat, an non permissu eius posuerim; praeterea utrum in eo casu ita haeserit aper, ut expedire se non possit ipse, an diutius luctando expediturus se fuerit. Summam tamen hanc puto esse, ut si in meam potestatem pervenit, meus factus sit. Sin autem aprum meum ferum in suam naturalem laxitatem dimisisses, eo facto meus esse desisset, et actionem mihi in factum dari oportere, veluti responsum est, cum quidam poculum alterius ex nave eiecisset.

Es scheint hier ein Gewicht auf die Berechtigung gelegt zu werden in den Worten ne intersit etc. (dies war denn auch die Meinung mehrerer Juristen z. B. des Cujacius.) Aber dem ist nicht so; der Jurist selbst stellt alles auf die potestas. Die angeführten Umstände haben Einfluß darauf, 1) wenn in publico oder in privato ohne Willen des Eigenthümers das Netz gelegt ist, so liegt die Möglichkeit des Zuvorkommens eines Andern ganz nahe, 2) ist dies nicht der Fall, so ist darauf zu sehen, ob das Thier nicht selbst dem Jäger zuvorkommt.

XVIII.

Von der Verpfändung einer fremden Sache.

Es ist ein Erforderniß der Verpfändung, daß die Sache in bonis des Verpfänders sei, die Formel der hypothekarischen Klage enthielt es ausdrücklich und der Richter sollte nur dann für den Kläger sprechen, wenn jenes nachgewiesen war. Jenes Erforderniß mußte vorhanden sein zur Zeit der Verpfändung, daher schadet es 1) nichts, wenn die Sache nachher aufgehört hat in bonis des Verpfänders zu sein, 2) nützt es nichts, wenn sie nachher in sein Vermögen gekommen ist. Dieser letzte Satz erleidet jedoch Modificationen:

1) bei einer generellen Verpfändung künftiger oder künftig zu erwerbender Sachen, 2) bei einer speciellen unter der Bedingung, daß die Sache erworben werde.

Aber wenn die Verpfändung auch nicht unter dieser Bedingung geschehen ist, so kann sie doch convalesciren: a) hat der Gläubiger gewußt, daß die Sache nicht in bonis des Verpfänders war, so convalescirt die Verpfändung nicht, doch wird er, wenn er im Besitz ist, immerhin gegen den Verpfänder geschützt; b) hat

er es nicht gewußt, so ist ihm die hypothecarische Klage utiliter gegeben gegen jeden, der die Befugniß des Verpfänders nicht bona fide anfechten kann.

L. 1. pr. D. de pign. (20, 1): Conventio generalis in pignore dando bonorum vel postea quaesitorum recepta est, in speciem autem alienae rei collata conventione, si non fuit ei, qui pignus dabat, debita, postea debitori dominio quaesito, difficilius creditori qui non ignoravit alienam, utilis actio dabitur, sed facilior erit possidenti retentio.

difficilius — dabitur, d. h. die Klage ist nicht ganz ausgeschlossen, sie ist möglich z. B. wenn der Gläubiger eine stillschweigende Bedingung nachweist, oder einen Rechtsirrthum, und er eine Person ist, der ein solcher nachgesehen wird.

sed facilior erit possidenti retentio. Diese setzt nämlich nicht die Existenz eines Pfandes voraus.

Vgl. L. 5. C. si aliena res pignori data sit (8, 16): Cum res quae necdum in bonis debitoris est, pignori data ab eo postea in bonis eius esse incipiat, ordinariam quidem actionem super pignore non competere, manifestum est, sed tamen aequitatem facere, ut facile utilis persecutio exemplo pigneratitiae detur.

Es war bisher die Rede von dem Fall, wenn der Verpfänder Eigenthümer geworden ist, nun ist noch der Fall zu betrachten, wenn der Eigenthümer Erbe des Verpfänders geworden ist. Hier scheinen sich zwei Stellen zu widersprechen, von denen die eine eine utilis actio behauptet, die andere nicht.

L. 22. D. de pignor. (20, 1): Si Titio qui rem meam ignorante me creditori suo pignori obligaverit, heres extitero, ex postfacto pignus directo quidem non convalescit, sed utilis pigneratitia dabitur creditori.

directo non convalescit, nicht so, daß die Klage zustände, wie wenn der Eigenthümer verpfändet hätte.

utilis dabitur, d. h. wenn kein Grund entgegensteht und alles zusammentrifft, was dazu gehört.

L. 4. D. de pign. act. (13, 7): Rem alienam pignori dedisti deinde dominus rei eius esse coepisti, datur utilis actio pigneratitia creditori. Non est idem dicendum, si ego Titio qui rem meam obligaverat sine mea voluntate, heres extitero, hoc enim modo pignoris persecutio concedenda non est creditori. Neque

utique sufficit ad competendam utilem pigneratitiam actionem eundem esse dominum, qui etiam pecuniam debet. Sed si convenisset de pignore, ut ex suo mendacio arguatur, improbe resistit, quo minus utilis actio moveatur.

hoc enim modo etc. nicht auf dieselbe Weise, neque utique sufficit, es muß hinzukommen, daß der Eigenthümer verpflichtet ist, das Pfandrecht anzuerkennen, entweder durch seinen Consens, oder als Erbe durch Succession in die Verbindlichkeit des Verpfänders; aber nicht immer ist dieser verpflichtet.

Sed si convenisset etc. Diese Worte beziehen sich nicht auf den vorausgegangenen Fall, sondern geben das Princip der Convalescenz an. Man kann überhaupt nicht sagen, das Pfandrecht convalescire schlechtweg durch jenen Umstand, sondern die Klage findet Statt gegen den, welcher es mala fide leugnen würde und dessen Einwand mit dem Gegeneinwand des Dolus entkräftet werden kann. Dies ist der Fall bei demjenigen, welcher das Pfandrecht bestellt hat, und zwar als an seiner Sache, so daß ihn die Beschuldigung der Unwahrheit trifft.

Die utilis actio wird in den bisherigen Fällen gegen den Verpfänder gegeben, ebenso gegen seine Erben, insofern sie dafür haften, auch gegen Singularsuccessoren, insofern der Einwand, daß der Verpfänder nicht Eigenthümer gewesen sei, ihrem eigenen Rechte entgegenstehen würde. Ein Käufer aus der Zeit, wo der Verpfänder schon Eigenthümer geworden war, würde hiernach frei sein von der Klage. Dies ist modificirt, dem Gläubiger soll es nicht schaden, daß er seine utilis actio nicht sofort, als der Verpfänder Eigenthümer geworden war, anstellte, sein Pfandrecht soll vielmehr wirksam werden, wie wenn er die Klage wirklich angestellt hätte. Dies setzt jedoch voraus, daß er sie anstellen konnte, daß der Wirksamkeit seines Pfandrechts nicht ein anderes Hinderniß entgegenstand, was der Fall ist, wenn ihm zu der Zeit, wenn der Verpfänder Eigenthümer geworden war, ein Potior vorging.

L. 9. §. 3. qui pot. (20, 4): Titia praedium alienum Titio pignori dedit, post Mevio; deinde domina eius pignoris facta marito suo in dotem aestimatum dedit. Si Titio soluta sit pecunia, non ideo magis Mevii pignus convalescere placebat. Tunc enim priore dimisso sequentis confirmatur pignus, cum res in bonis debitoris inveniatur, in proposito autem maritus emtoris loco est;

atque ideo, quia neque tunc, cum Mevio obligaretur, neque cum Titio solveretur, in bonis mulieris fuerit, nullum tempus inveniri, quo pignus Mevii convalescere possit. Haec tamen ita, si bona fide in dotem aestimatum praedium maritus accepit, i. e. si ignoravit Mevio obligatum esse.

aestimatum. Ist der fundus nicht als aestimatus gegeben, so hat die Frau denselben noch immer in bonis, da er ihr geschuldet wird.

confirmatur pignus. So lange der potior existirt, ist das Pfandrecht von seiner Hauptwirkung entblößt, es ist mehr nominell, durch den Wegfall jenes wird es confirmirt.

si bona fide etc. War dies nicht der Fall, so steht ihm dieselbe replicatio doli entgegen, die auch der Frau entgegenstehen würde, wenn sie Eigenthümerin geblieben wäre.

XIX.

Von dem Alter des Pfandrechts an künftig zu erwerbenden Sachen.

Es giebt nicht wenige Juristen, welche behaupten: ein an künftig zu erwerbenden Sachen gegebenes Pfandrecht existire allerdings nicht früher, als bis die Erwerbung eingetreten sei, aber dann werde es zurückdatirt auf die Zeit des Vertrags. — Diese Ansicht gehört, innere Gründe erwogen, zu den fast undenkbaren. Ein Recht kann nicht vor seinem Gegenstand existiren, und nicht ehe dieser in bonis ist, und es ist fast widersinnig zu nennen, daß z. B. ein Grundstück, das ich heute erwerbe, einem Pfandrecht, das ich gegeben, unterworfen sein soll zu einer Zeit, wo es noch dem Titius gehörte. — Es sollen nun die auf diese Frage sich beziehenden Stellen unserer Quellen betrachtet werden. Ich beginne mit einer Stelle, die nicht unmittelbar jenen Fall trifft, aber aus der sich doch schon ein Schluß auf ihn ziehen läßt.

L. 11. §. 2. 3. D. qui pot. (20, 4): Si colonus convenit, ut inducta in fundum, illata, ibi nata, pignori essent, et antequam inducat, alii rem hypothecae nomine obligaverit, tunc deinde eam in fundum induxerit, potior erit, qui specialiter pure accepit, quia non ex conventione priori obligatur, sed ex eo quod inducta res est, quod posterius factum est.

Si colonus — factum est. Wenn irgend eine Zurück-

datirung möglich wäre, so wäre dies hier der Fall, dennoch geschieht sie nicht, denn der Gegenstand wird erst mit der Illation gegeben, über diese zurück ist kein Pfandrecht möglich. Nicht zu verwechseln ist damit der Fall einer Bedingung, denn da ist der Gegenstand schon gegeben, nur bedingt. — Diese Stelle giebt schon eine Andeutung dessen, was in unserm Fall zu sagen sein wird.

Si de futura — debitoris. Hier ist nicht von der Möglichkeit der Verpfändung die Rede. Diese setzt nicht voraus, daß die Sache schon in bonis des Verpfänders ist: denn es können ja auch künftig zu erwerbende Sachen, und somit auch Früchte künftig zu erwerbender Sachen verpfändet werden. Die Stelle spricht vielmehr von dem Alter des Pfandrechts. — Sie ist wichtig für unsern Fall, weil, wenn jene Meinung richtig wäre, für das Alter des Pfandrechts an res futurae das Eigenthum an der erzeugenden Sache kein entsprechendes Moment bilden würde.

L. 7. §. 1. eod.: Si tibi quae habiturus sum, obligaverim, et Titio specialiter fundum, si in dominium meum pervenerit, mox dominium eius adquisiero, putat Marcellus, concurrere utrumque creditorem et in pignore. Non enim multum facit, quod de suo nummos debitor dederit, quippe cum res ex nummis pigneratis emta non sit pignerata ob hoc solum, quod pecunia pignerata erat.

Um jene Meinung zu salviren setzt man bei dieser Stelle voraus, beide Verpfändungen seien gleichzeitig. Dies ist unmöglich, weil der Jurist diesen Umstand, von dem die ganze Entscheidung abhängen würde, hervorgehoben haben müßte. Daß er es nicht gethan hat beweist, daß er gleichgültig ist. — Der entscheidende Umstand ist, daß das Pfandrecht mit der Erwerbung entsteht; darum die Schlußbemerkung, man könne nicht sagen, der Fundus nehme die Eigenschaft des Preises an, der dem Verpfänder schon früher gehörte.

L. 28. D. de iure fisci (49, 14): Si qui mihi obligaverat quae habet habiturusque esset, cum fisco contraxerit, sciendum est, in re postea adquisita fiscum potiorem esse debere, Papinianum respondisse, quod et constitutum est. Praevenit enim causam pignoris fiscus (Ulp.).

Dies ist eine ganz entscheidende Stelle. Praevenit enim causam pignoris fiscus heißt: wäre das Pfandrecht des Fis-

cus ein späteres, so würde der Fiscus nicht vorgehen; nun ist es aber nicht ein späteres, sondern ein, abgesehen von dem Privilegium des Fiscus, gleichzeitiges.

Wir kommen nun zu den Stellen, auf die man sich zur Vertheidigung der entgegengesetzten Meinung berufen hat:

L. 22. pr. D. qui pot. (20, 4): Titius Seiae ob summam, qua ex tutela ei condemnatus erat, obligavit pignori omnia bona sua, quae habebat quaeque habiturus esset; postea mutuatus a fisco pecuniam pignori ei res suas omnes obligavit, et intulit Seiae partem debiti, et reliquam summam novatione facta eidem promisit, in qua obligatione similiter ut supra de pignore convenit. Quaesitum est an Seia praeferenda sit fisco et in illis rebus, quas Titius tempore prioris obligationis habuit. Item in his rebus, quas post priorem obligationem adquisiit, donec universum debitum suum consequatur? Respondit, nihil proponi, cur non sit praeferenda (Scaevola).

Man hat diese Stelle für widersprechend gehalten, und dies wäre allerdings der Fall, wenn der Jurist sagte: der frühere Gläubiger geht in allen nachher bis jetzt, auch nach dem Eintritt des zweiten Gläubigers, erworbenen Sachen vor. Aber der Jurist will nur den Zweifel entscheiden, welchen die eingetretene Novation anregen könnte. Streng genommen könnte man sagen, die frühere Forderung und somit das frühere Pfandrecht sei aufgehoben, das Pfandrecht wegen des novirten Restes der Forderung sei ein neues. Nein, sagt der Jurist, auch für diesen Rest (donec universum debitum suum consequatur.) ist es das alte Pfandrecht durch Uebertragung auf die neue Forderung (s. unten §. 213. Nr. 2.), und zwar nicht blos für die Sachen, welche sie zur Zeit der früheren nur in die Novation übergegangene Forderung hatte. Die nachher erworbenen sind nicht ausgenommen von der Verpfändung und also auch nicht von der Uebertragung des Pfandrechts. Der Jurist bestimmt bei den nachher erworbenen Sachen nicht den Termin, bis wann? Wenn er meint, bis jetzt, so ist dies unrichtig. Richtig dagegen, wenn er meint bis zur Entstehung des zweiten Pfandes und der Novation. Und dafür, daß er diesen Termin im Sinn hat spricht 1) daß er sich überhaupt zunächst nur mit diesem Act und seiner Wirkung auf das Pfandrecht beschäftigt, 2) nach Rudorffs Bemerkung, was ganz entscheidend ist, daß in dem vorgetragenen Fall dem Fiscus

die künftig erworbenen Sachen nicht verpfändet waren (denn die stillschweigende Erstreckung darauf ist erst später eingeführt), so daß nur in Beziehung auf die bis zum Eintritt des Fiscus erworbenen eine Concurrenz möglich war.

L. 15. §. 1. D. de pignor. (20, 1): Quod dicitur, creditorem probare debere, cum conveniebat, rem in bonis debitoris fuisse, ad eam conventionem pertinet, quae specialiter facta est, non ad illam, quae quotidie inseri solet cautionibus, ut specialiter rebus hypothecae nomine datis, cetera etiam bona teneantur debitoris, quae nunc habet et quae postea adquisierit, perinde atque si specialiter hae res fuissent obligatae.

Auch diese Stelle hat man für jene Meinung angeführt, sie spricht aber in der That gar nicht von dem Alter des Pfandrechts.

Man könnte nun noch die entgegengesetzte Meinung dadurch unterstützen wollen, daß man sie auf den Willen des Verpfänders zurückführt, es sei die Intention, daß das Pfandrecht schon von jener Zeit an als bestehend betrachtet werde. Aber diesem Willen steht die Unfähigkeit des Verpfänders entgegen, der Grundsatz, der für einen andern Fall ausgesprochen ist, in

L. 16. §. 1. D. eod.: Si nesciente domino res eius hypothecae data sit, deinde postea dominus ratum habuerit, dicendum est, hoc ipsum quod ratum habet, voluisse eum retro recurrere ratihabitionem ad illud tempus quo convenit. Voluntas autem fere eorum demum servabitur, qui et pignori dare possunt.

Berichtigungen.

S. 189. Zl. 1. v. o. l. natae st. notae.
= 199. = 16. v. o. l. doli bei bonae fidei etc. st. doli in.
= 207. = 33. v. o. l. selbst noch st. selbst nach.
= 244. = 35. v. o. l. das Recht zu besitzen ist ein Recht ꝛc.
= 246. = 22. v. o. l. von dem st. vor dem.

Officin von Bernh. Tauchnitz jun.